

SUOJA FRANCHISINGKONSEPTIN JÄLJITTELYLTÄ

Helsingin yliopisto
Velvoiteoikeus
OTM-tutkielma
Laatija: Pinja Syrjälä
Ohjaaja: Heikki Halila
Huhtikuu 2020



Tiedekunta – Fakultet – Faculty Oikeustieteellinen tiedekunta		Koulutusohjelma – Utbildningsprogram – Degree Programme Oikeustieteen maisterin koulutusohjelma	
Tekijä – Författare – Author Pinja Syrjälä			
Työn nimi – Arbetets titel – Title Suoja franchisingkonseptin jäljittelyltä			
Oppiaine/Opintosuunta – Läroämne/Studieinriktning – Subject/Study track Velvoiteoikeus			
Työn laji – Arbetets art – Level Pro gradu -tutkielmat		Aika – Datum – Month and year Huhtikuu 2020	Sivumäärä – Sidoantal – Number of pages XV + 87
<p>Tiivistelmä – Referat – Abstract</p> <p>Franchisingkonseptin jäljittely on jokseenkin uusi ja yleistynyt ilmiö maailmalla, ja siitä ovat kärsineet niin suuret kansainväliset franchisingalan markkinajohtajat kuin pienemmät kotimaiset franchisingketjut. Franchisingkonseptin jäljittelyllä tarkoitetaan tässä tutkielmassa franchisingkonseptin elementtien kopiaimista sellaisenaan tai vähäisin muutoksin kilpailevan liiketoiminnan käyttöön. Riski franchisingkonseptin jäljittelystä liittyy kolmansien tahojen lisäksi myös erityisesti franchisingketjun entisiin franchisingottajiin franchisingsuhteen päättymisen jälkeen. Franchisingantaja luovuttaa franchisingottajan käytettäväksi kilpailukykyisen franchisingkonseptin, joka on koko franchisingketjun menestyksen kannalta kriittinen tekijä. Näin ollen franchisingkonseptin suojaamistarvetta on arvioitava jo franchisingkonseptia rakentaessa sekä sopimusteknisesti franchisingsopimusta laadittaessa.</p> <p>Tämän oikeusdogmaattisen tutkimuksen tavoitteena on selvittää, minkälaista suojaa franchisingkonsepti saa jäljittelyä vastaan voimassa olevan lainsäädännön perusteella sekä miten lainsäädännöllistä suojaa voidaan täydentää sopimusperusteisesti. Tavoitteena on lisäksi tarkastella, kuinka vahvoja erilaiset suojaamuodot ovat ja mikä niiden suhde toisiinsa on. Lainsäädäntöön, oikeuskirjallisuuteen ja oikeustapauksiin kohdistuvan teoreettisen tutkimuksen ohella tutkielmaan sisältyy empiiristä oikeustutkimusta asiantuntijahaastatteluiden muodossa ja sopimusklausuleiden tarkastelun avulla.</p> <p>Tällä hetkellä lakisääteinen suoja franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan koostuu hajanaisesta kokoelmasta erinäisiä säädöksiä, jotka soveltuvat parhaiten franchisingkonseptin yksittäisten elementtien suojaamiseen. Vahvinta lainsäädännöllistä suojaa nauttivat franchisingkonseptiin kuuluvat immateriaalioikeudet ja liikesalaisuudet, joista säädetään erityislajeilla. Sen sijaan muut franchisingkonseptin esteettiset, toiminnalliset ja vuorovaikutukselliset elementit eivät pääsääntöisesti saa suojaa SopMenL:n (22.12.1978/1061) 1 §:n yleislauseketta koskevan oikeustapausanalyysin perusteella. Sen nojalla on myös todettavissa, etteivät SopMenL:n mukainen orjallinen jäljittely ja norkkiminen sovellu tulkintavaikkeuksista franchisingkonseptin jäljittelytapauksiin, sillä on käytännössä vaikea osoittaa franchisingkonseptin omaperäisyyttä ja tunnusomaisuutta. Franchisingkonseptin suojaamisen suurimpana haasteena voidaankin pitää sitä, että kilpailuvapauden ja elinkeinovapauden nojalla jäljittely on lähtökohtaisesti sallittua. Jäljittelyvapauden vuoksi franchisingkonseptin suojaaminen edellyttää tuekseen vahvoja perusteita, koska franchisingkonseptin suojaamistoimet rajoittavat vapaata kilpailua. Näin ollen jo olemassa olevien lakisääteisten suojaamutojen hyödyntäminen franchisingkonseptin suojaamiseksi on korostuneessa asemassa, ja niiden etuna on myös suoja kolmannen tahon tekemältä jäljittelyltä tai hyväksikäytöltä.</p> <p>Franchisingsopimuksen sopimusehdoilla voidaan täydentää lakiperusteista suojaa, ja tämä on välttämätöntä tarpeeksi kattavan suojan saamiseksi entisen franchisingottajan jäljittelyä vastaan. Franchisingkonseptin jäljittelyä voidaan ennaltaehkäistä tehokkaasti varsinkin franchisingantajan know how'ta ja muuta luottamuksellista tietoa suojaavilla salassapitovelvoitteilla, ketjun good will -arvoa suojaavalla kilpailukiellolla, franchisingkäsikirjaa suojaavalla materiaalien palautusvelvollisuudella sekä immateriaalioikeuksien käytön lopettamisvelvollisuudella. Näitä velvoitteita voidaan lisäksi tehostaa sopimussakkolausekkeella. Tutkielmassa on myös tarkasteltu sopimusvapauden periaatteen nojalla nimenomaista franchisingkonseptiin kohdistuvaa jäljittelykieltoa, joka ei ole toistaiseksi vakiintunut osaksi suomalaista franchisingalan sopimuskäytäntöä. Franchisingkonseptin jäljittelykielto kuitenkin täydentäisi sopimusperusteista suojaa varsinkin siinä tapauksessa, että sille hyväksyttäisiin kilpailuoikeudellisessa mielessä pidempi voimassaoloaika franchisingsopimuksen päättymisen jälkeen kuin kilpailukiellolle. Sopimusperusteisella suojallakin on omat rajansa, eikä franchisingkonseptia voida suojata jäljittelyltä täysin kattavasti sopimusperusteisestikaan ottaen huomioon kohtuullisuuden vaatimuksen. Franchisingtoiminnassa olennaista onkin, että franchisingkonsepti pidetään kilpailukykyisenä kehittämällä sitä jatkuvasti, jotta franchisingketju pärjää markkinoilla kilpailijoitaan vastaan myös mahdollisista jäljittelytapauksista huolimatta.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords Franchising, franchisingkonsepti, jäljittely, franchisingsopimus, sopimustekniikka			
Ohjaaja tai ohjaajat –Handledare – Supervisor or supervisors Heikki Halila			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited Helsingin yliopiston pääkirjasto			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			

SISÄLLYS

SISÄLLYS	I
LÄHTEET	III
LYHENTEET	XV
1 Johdanto	1
1.1 Tutkimuskysymyksen taustaa	1
1.2 Tutkimuskysymykset ja aiheen rajaukset	3
1.3 Tutkimusmetodi ja tutkielman lähdeaineisto	6
2 Franchisingkonsepti suojan kohteena	7
2.1 Franchisingkonseptin määritelmä	7
2.2 Franchisingkonseptin tunnuspiireet	8
3 Lakisääteinen suoja franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan	10
3.1 Lakisääteisen suojan perusteet sekä eettiset säännöt täydentäjänä	10
3.2 Immateriaalioikeudellinen suoja franchisingkonseptin yksittäisille elementeille	11
3.2.1 Immateriaalioikeuksien soveltuminen franchisingkonseptin suojaukseen	11
3.2.2 Tavaramerkki tärkeimpänä suojamuotona	13
3.2.3 Muut keskeiset immateriaalioikeudet franchisingkonseptin suojaamiseksi	15
3.3 Liikesalaisuuslain suoja franchisingkonseptiin sisältyville liikesalaisuuksille	16
3.3.1 Liikesalaisuuden määritelmä suhteessa franchisingkonseptin tietoihin	16
3.3.2 Kielletyt liikesalaisuuden hankinta- ja käyttötavat	21
3.4 Sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain suoja franchisingkonseptille	24
3.4.1 SopMenL:n 1 §:n yleislauseke sopimatonta jäljittelyä vastaan	24
3.4.2 Franchisingkonseptin orjallinen jäljittely ja sekaannusvaara	26
3.4.3 Franchisingkonseptin maineen norkkiminen ilman sekaannusvaaraa	34
3.4.4 SopMenL:n yleislausekkeen soveltumisesta franchisingkonseptin jäljittelyyn ...	37
3.5 Yhteenveto lakisääteisestä suojasta franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan	39
4 Franchisingkonseptin sopimusperusteinen suoja <i>inter partes</i> franchisingottajan jäljittelyä vastaan	41

4.1	Franchisingsopimuksen sopimusoikeudellinen sääntely.....	41
4.2	Lojaliteettivelvollisuus franchisingsopimuksessa	43
4.3	Velvollisuus olla jäljittelemättä franchisingkonseptia	45
4.3.1	Jäljittelykielto franchisingsopimuksissa.....	45
4.3.2	Jäljittelykiellon asemasta negatiivisena velvoitteena	48
4.3.3	Jäljittelykiellon pätevyys.....	50
4.4	Salassapitovelvoite franchisingantajan luottamuksellisen tiedon suojana	53
4.4.1	Luottamuksellisen tiedon määritelmä ja know how'n suoja.....	53
4.4.2	Tiedon ilmaisukielto ja käyttökielto sekä velvoitteen ajallinen ja henkilöllinen ulottuvuus.....	56
4.4.3	Käsikirjan ja muiden materiaalien palautusvelvollisuus ja kopiointikielto	59
4.5	Kilpailukielto.....	61
4.5.1	Kilpailukielto franchisingsuhteessa.....	61
4.5.2	Kilpailukiellon rajoitukset.....	63
4.6	Luovutettavien immateriaalioikeuksien suoja.....	67
4.6.1	Immateriaalioikeuksien sisältö ja käyttöoikeuden laajuus	67
4.6.2	Immateriaalioikeuksiin liittyvien käyttöoikeuksien lakkaaminen.....	68
4.6.3	Velvollisuus ilmoittaa immateriaalioikeuden loukkauksesta.....	69
4.7	Sopimussakko tehostinkeinona	71
4.8	Muut sopimustekniset ja -taktiset keinot ehkäistä franchisingkonseptin jäljittelyä .	73
4.9	Yhteenveto sopimusperusteisesta suojasta sekä sopimusehtojen keskinäisestä suhteesta.....	77
5	Sopimusperusteisen suojan rajat	80
5.1	Franchisingsopimuksen sopimusehtojen sovittelu OikTL 36 §:n nojalla	80
5.2	Franchisingsopimuksen vakiosopimusluonteisuuden vaikutus.....	81
5.3	Franchisingsopimuksen soviteltavat säännökset.....	82
6	Yhteenveto ja loppupäätelmät.....	85

LÄHTEET

Kirjallisuus ja artikkelit

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Juva 1989. (Aarnio 1989)

Aarnio, Aulis: Onko kohtuus oikeusperiaatteena syrjäyttämässä sekä sopimusvapauden että sopimusten sitovuuden periaatteen. Lakimies 4/1987, s. 400–414. (Aarnio 1987)

Aaltonen, Aimo O.: Sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa. Vammala 1985. (Aaltonen 1985)

Abell, Mark: Termination of an International Franchise Agreement. s. 131–137 teoksessa Gramatidis, Yanos – Campbell, Dennis (eds.): International Franchising: an in-depth treatment of business and legal techniques. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Netherlands 1991. (Abell 1991)

Adams, John – Prichard Jones, K. V.: Franchising: Practice and precedents in business format franchising. London 1987. (Adams – Prichard Jones 1987)

Alkio, Mikko – Wik, Christian: Kilpailuoikeus. 2., uudistettu painos. Helsinki 2009. (Alkio – Wik 2009)

Annola, Vesa: Sopimustulkinta: Teoria, vaiheet, menettely. Talentum 2016. (Annola 2016)

Aurejärvi, Erkki: Oikeustointen kohtuullistamisen yleiset opit ja yrittäjien väliset sopimukset. Lakimies 1979, s. 725–745. (Aurejärvi 1979)

Bernitz, Ulf: Förväxlingsbart utnyttjande av kännetecken och markanadsföringskoncept. Juridisk Tidskrift 1993–1994, s. 540–545. (Bernitz 1993)

Bernitz, Ulf – Pehrson, Lars – Rosén, Jan – Sandgren, Claes: Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens. Fjortonde upplagan. Stockholm 2017. (Bernitz ym. 2017)

Bygglin, Gustav: Om franchiseavtal och upplösningfrihet med särskild hänsyn till förållandena på dagvaruhandels område. Oikeustiede – Jurisprudentia XI 1978, s. 89–157. (Bygglin 1978)

Campbell, Dennis (toim.): International Franchising: The Comparative Law Yearbook of International Business. Special Issue, 2007. Kluwer Law International 2008. (Campbell 2007)

Castrén, Martti: Toiminimi. Helsinki 2008. (Castrén 2008)

Castrén, Martti: Liikesalaisuuksien oikeussuojasta yhteistoimintasuhteissa ja niiden jälkeen. Vammala 1973. (Castrén 1973)

Elo, Hanna-Maija: Sopimusjuridiikkaa, yhtiöoikeutta ja immateriaalioikeuksia franchisingissa. IPRinfo 4/2015. Saatavilla osoitteessa https://iprinfo.fi/artikkeli/sopimusjuridiikka_yhtiioikeutta_ja_immateriaalioikeuksia_franchisingissa/. Viitattu 9.8.2019. (Elo 2015)

Goldberg, Eric – Csik, Justin: Unintended Legal and Business Consequences of Termination of a Franchisee, *Franchise Law Journal* 34 (1), Summer 2014, s. 53–74. (Goldberg – Csik 2014)

Fernlund, Anders: Franchising. Friktion mellan transnationella affärsmodeller och nationell särreglering. Stockholm 2018. (Fernlund 2018)

FranCon Group: Tie Franchisingyrittäjäksi - franchisingin edut ja haasteet alkavalle yrittäjälle, s. 64–66 teoksessa Suomen Franchising-Yhdistys ry (toim.): Franchising Suomessa 2019. Suomen Franchising-Yhdistys ry 2019. (FranCon Group 2019)

Haarmann, Pirkko-Liisa: Immateriaalioikeus. Alma Talent 2014. (Haarmann 2014)

Hakulinen, YJ: Velvoiteoikeus I – Yleiset opit. Toinen painos. Helsinki 1965 (Hakulinen 1965)

Halila, Heikki: Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta rakennusurakassa. Vammala 1981. (Halila 1981)

Halila, Heikki – Hemmo, Mika: Sopimustyytit. Helsinki 2008. (Halila – Hemmo 2008)

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus I. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 2003. (Hemmo 2003a).

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus II. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 2003. (Hemmo 2003b).

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus III. Helsinki 2005. (Hemmo 2005a)

Hemmo, Mika: Oikeudellisen riskienhallinnan perusteita. Helsinki 2005. (Hemmo 2005b)

Hirvonen, Ari: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17. Helsinki 2011. (Hirvonen 2011)

Hoppu, Kari: Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Syrjä, Kari-Pekka: Palvelukonseptin suoja ja immateriaalioikeus – Palvelutuotteen sopimaton jäljittely. *Liikejuridiikka*, 2016/2, s. 125–132. (Hoppu 2016)

Hoppu, Kari: Jäljittely elinkeinotoiminnassa, s. 19–33 teoksessa Oikeuden ja talouden rajapinnassa – Juhlakirja Matti J. Sillanpää 60 vuotta. Helsinki 2015. (Hoppu 2015)

Huhtamäki, Heikki: Kilpailukielto ja salassapito sopimussuhteessa. Viro 2014. (Huhtamäki 2014)

Kivimäki, T. M.: Yleislausekkeet oikeusvarmuutta heikentävinä tekijöinä. Lakimies 1950, s. 302–318. (Kivimäki 1950)

Komulainen, Raija Liisa: The Effects of American Contract Law on Finnish Contract Law: A Comparative Study of Franchising. Faculty of Law. Department of Criminal Law, Procedural Law and General Jurisprudential Studies. April 2007. (Komulainen 2007)

Laakso, Henri: Franchising: Malli yrittäjyyteen ja ketjunrakentamiseen. Helsinki 2005. (Laakso 2005)

Laakso, Henri: Franchising yrityksen toimintamallina. Helsinki 1998. (Laakso 1998)

Lautjärvi, Kari – Tommila, Marja: Franchising – käytäntö ja sopimukset. Loimaa 1998. (Lautjärvi – Tommila 1998)

Lindberg, Jan – Lehtonen, Kiira: Tulisiko norkkiminen kieltää? IPRinfo 2/2013. <https://iprinfo.fi/artikkeli/tulisiko-norkkiminen-kieltaa/>. Viitattu 16.7.2019. (Lindberg – Lehtonen 2013)

Marzano, Paolo – Romanoff, Jordan: How to Protect Your Concept Store: Interior Design Under Trademark and Copyright Law, Part 1. INTA Bulletin, 75 (1), January 15, 2020. https://www.inta.org/INTABulletin/Pages/How_to_Protect_Your_Concept_Store_7501.aspx. Viitattu 16.3.2020. (Marzano – Romanoff 2020)

Mattila, Kimmo – Wathén, Antti – Tommila, Marja – Rinkinen, Petri: Franchising-käsikirja: Yhdistä osaaminen, yhteistyö, resurssit ja yrittäjyys kilpailueduksi. Helsinki 1998. (Mattila ym. 1998)

Meiselles, Michala – Wharton, Hugo: Chapter 5: Franchising, s. 231–352 teoksessa International Licensing Agreements: IP, Technology Transfer and Competition Law. Kluwer Law International 2018. (Meiselles – Wharton 2018)

Mullin, Cheryl L. – Wu, Sophilia H.: The Wheels on the Bus: Is There Protection for the Franchise Operating System. *Franchise Law Journal*, 35 (4), Spring 2016, s. 623–644. (Mullin – Wu 2016)

Muukkonen, P.J.: Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate. *Lakimies* 1993, s. 1030–1948. (Muukkonen 1993)

Muukkonen, P.J.: Sopimusvapauden käsitteestä. *Lakimies* 1956, s. 601–612. (Muukkonen 1956)

Mähönen, Jukka: Luottamuksesta, s. 257–268 teoksessa Björne, Lars – Kairinen, Martti – Tuomisto, Jarmo (toim.): Sopimus, vastuu, velvoite. Juhlajulkaisu Ari Saarnilehto 1947 – 21/11 – 2007. Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta 2007. (Mähönen 2007)

Määttä, Kalle: Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa. *Keuruu* 2018. (Määttä 2018)

Nieminen, Tuula: Franchise-sopimus. Turku 1995. (Nieminen 1995)

Nikkola, Maisa: Uusi liikesalaisuuslaki voimaan – Onko liikesalaisuuksien suojasta huolehdittu?, s. 42–44 teoksessa Suomen Franchising-Yhdistys ry (toim.): Franchising Suomessa 2019. Suomen Franchising-Yhdistys ry 2019. (Nikkola 2019)

Norros, Olli: Velvoiteoikeus. Alma Talent 2018. (Norros 2018)

Oesch, Rainer – Pihlajamaa, Heli – Sunila, Sami: Patenttioikeus. Alma Talent 2014. (Oesch ym. 2014)

Parivodić, Milan: Termination of Franchise Contracts - A Comparative Study. *International Journal of Franchising Law*, 7 (5), 2009, s. 5–26. (Parivodić 2009)

Paukku, Henna: Liiketoimintakonsepti ja sen jäljittely sopimattomana menettelynä, s. 169–191 teoksessa Kankaanpää, Hannes – Oesch, Rainer (toim.): Sopimaton menettely elinkeinotoiminnassa verkkotalouden aikana. Vantaa 2012. (Paukku 2012)

Pihlajarinne, Taina: Toisen tavaramerkin sallittu käyttö. Helsinki 2010. (Pihlajarinne 2010)

Rahnasto, Ilkka: Salassapitosäännökset aineettomien oikeuksien täydentäjänä – keskeisimmät uudet konseptit sopimuksen laatijan kannalta, s. 79–94 teoksessa Mylly, Tuomas (toim.): Immateriaalioikeudet kansainvälisessä kaupassa. Jyväskylä 2001. (Rahnasto 2001)

Rose, Nicholas: Resolving International Franchising Disputes, s. 113–124 teoksessa Gramatidis, Yanos – Campbell, Dennis (eds.): International Franchising: an in-depth treatment of business and legal techniques. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, Netherlands 1991. (Rose 1991)

Saarnilehto, Ari – Annola, Vesa: Sopimusoikeuden perusteet. 8., uudistettu painos. Helsinki 2018. (Saarnilehto – Annola 2018)

Saarnilehto, Ari – Annola, Vesa – Hemmo, Mika – Karhu, Juha – Kartio, Leena – Tammi-Salminen, Eva – Tolvanen, Juha – Tuomisto, Jarmo – Viljanen, Mika: Varallisuus oikeus. 2. uudistettu painos. Sanoma Pro Oy, 2012. (Saarnilehto ym. 2012)

Salmi, Harri – Häkkänen, Petri – Tommila, Marja – Oesch, Rainer: Tavaramerkki. 2. uud. painos. Talentum 2008. (Salmi ym. 2008)

Sammallahti, Tiia: Konseptisuunnittelun supersankari. Books on Demand GmbH. Helsinki 2009. (Sammallahti 2009)

Sandrock, Scott P.: Trade secret protection and the terminated franchise. Franchise Law Journal, 8 (1), Summer 1988, s. 3–28. (Sandrock 1988)

Savela, Ville: Monta suojaa sisustukselle. IPRinfo 5/2009. Saatavilla osoitteessa https://iprinfo.fi/artikkeli/monta_suojaa_sisustukselle/. Viitattu 16.7.2019. (Savela 2009)

Schröder, Sarita: Maineen norkkimisopin käytäntö muotoutuu. IPRinfo 5/2015. Saatavilla osoitteessa https://iprinfo.fi/artikkeli/maineen_norkkimisopin_kaytanto_muotoutuu/. Viitattu 18.7.2019. (Schröder 2015)

Schröder, Sarita: Uusi peruste jäljittelyn kieltämiseksi: Maineen norkkimisoppi. IPRinfo 1/2013. Saatavilla osoitteessa <https://iprinfo.fi/artikkeli/Maineen-norkkimisoppi/>. Viitattu 18.7.2019. (Schröder 2013)

Sohlberg, Stig: Franchisejuridik. Andra upplagan. Stockholm 1993. (Sohlberg 1993)

Suomen Franchising-Yhdistys ry: Franchisingin kasvuselvitys 2019: Panostusta kasvuhakuisiin yrittäjiin, s. 22–23 teoksessa Suomen Franchising-Yhdistys ry (toim.): Franchising Suomessa 2020. Suomen Franchising-Yhdistys ry 2020. (SFY 2020)

Syrjä, Kari-Pekka: Palvelukonseptin suoja ja immateriaalioikeus - Palvelutuotteen sopimaton jäljittely. Helsinki 2016. (Syrjä 2016)

Taxell, L. E.: Om lojalitet i avtalsförhållanden. Defensor Legis 1977, s. 148–155. (Taxell 1977)

Taxell, Lars Erik: Avtal och rättsskydd. Åbo 1972. (Taxell 1972)

Telaranta, K. A.: Sopimusoikeus. Vammala 1990. (Telaranta 1990)

Tieva, Antti: Luottamus, lojaliteettivelvollisuus ja liike-elämän pitkäkestoiset sopimukset. Defensor Legis 2006/2, s. 240–251. (Tieva 2006)

Tillack, Clay A. – Ashton, Mark E.: Who Takes What: The Parties' Rights to Franchise Materials at the Relationship's End. Franchise Law Journal, 28 (2), Fall 2008, s. 88–127. (Tillack – Ashton 2008)

Vapaavuori, Tom: Liikesalaisuudet ja salassapitosopimukset. 3., uudistettu painos. Alma Talent Oy 2019. (Vapaavuori 2019)

Wilhelmsson, Thomas: Vakiosopimus ja kohtuuttomat sopimusehdot. Kolmas, uudistettu painos. Helsinki 2008. (Wilhelmsson 2008)

World Franchise Council: Standard Contract, Not Adhesion Agreement. World Franchise Council Joint Declaration of London, UK, March, 14, 2017. Saatavilla osoitteessa <https://www.worldfranchisecouncil.net/declarations.html>. Viitattu 31.7.2019. (WFC 2017)

Ämmälä, Tuula: Lojaliteettiperiaatteesta eräiden sopimustyyppien yhteydessä, s. 3–50 teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Lojaliteettiperiaatteesta. Turku 1994. (Ämmälä 1994)

Uutisartikkelit

Daily Mail: First there were the fake Chinese Apple stores, now there's a counterfeit IKEA... in the same city. 2 August 2011. Saatavilla osoitteessa <https://www.dailymail.co.uk/news/article-2021607/First-fake-Apple-stores-China-fake-Ikea-shop-Kunming.html>. Viitattu 29.7.2019. (Daily Mail 2011)

Giang, Vivian: China Also Fakes These Stores: Disney, D&G, McDonald's, Starbucks and More. Business Insider. August 1, 2011. Saatavilla osoitteessa <https://www.businessinsider.com/china-fake-stores-2011-8?r=US&IR=T#heres-another-place-to-go-other-than-starbucks-11>. Viitattu 29.7.2019. (Giang 2011)

Schrader, Robert: The World's Most Shameless Fake Stores. Tripsavvy 26.6.2019. Saatavilla osoitteessa <https://www.tripsavvy.com/the-worlds-most-shameless-fake-stores-4109283>. Viitattu 26.6.2019. (Schrader 2019)

Virallislähteet

HE 49/2018 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle liikesalaisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi. (HE 49/2018)

HE 247/1981 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle Oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi. (HE 247/1981)

HE 114/1978 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle 1) laeiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa ja 2) markkinatuomioistuimesta annetun lain muuttamisesta. (HE 114/1978)

Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 14/2002. Yritysten yhteistyö ja franchising – sopimusriskien hallinta ja sopimusohjaus. Kauppa- ja teollisuusministeriö, elinkeino-osasto, 2002. (KTM 14/2002)

TEM raportteja 2/2011. Reenpää, Eliisa: Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa - käytännöstä ja muutostarpeista. Työ- ja elinkeinoministeriö, työelämä- ja markkinaosasto, 2009. (TEM 2/2011)

EU-lainsäädäntö

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2016/943, annettu 8 päivänä kesäkuuta 2016, julkistamattoman taitotiedon ja liiketoimintatiedon (liikesalaisuuksien) suojaamisesta laittomalta hankinnalta, käytöltä ja ilmaisemiselta. (liikesalaisuusdirektiivi)

Komission asetus N:o 330/2010, annettu 20 päivänä huhtikuuta 2010, Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 artiklan 3 kohdan soveltamisesta tiettyihin vertikaalisten sopimusten ja yhdenmukaistettujen menettelytapojen ryhmiin. (ryhmäpoikkeusasetus N:o 330/2010)

Komission suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista 2010/C 130/01. (komission suuntaviivat)

Komission asetus N:o 4087/88, annettu 30 päivänä marraskuuta 1988, perustamissopimuksen 85 artiklan 3 kohdan soveltamisesta luvakesopimusten ryhmiin (ryhmäpoikkeusasetus N:o 4087/88)

Kansainväliset sopimukset

Teollisoikeuksien suojelemista koskeva Pariisin yleissopimus (20.3.1883) viimeksi tarkistettu 14.7.1967 SopS 5/1921. (Pariisin yleissopimus)

Mallisopimukset

Principles, definitions and model rules of European private law : draft common frame of reference. Sellier european law publishers 2009, Outline edition. (DCFR)

ICC Model International Franchising Contract. 2nd Edition. ICC Publication No. 712E, 2011 Edition. (ICC:n mallisopimus)

Periaatekokoelmat ja eettiset säännöt

AIPPI Resolution Q 115 on Effective protection against unfair competition under Article 10 bis Paris Convention of 1883. Executive Committee of Copenhagen, June 12–18 1994. Saatavilla osoitteessa: <https://aippi.org/library/q115-resolutions/>. Viitattu 30.8.2019. (AIPPI Q 115/1994)

European Franchise Federation. European Code of Ethics for Franchising. Latest revision on 6 Dec. 2016. (EFF:n eettiset säännöt)

European Franchise Federatio. The European Code of Ethics for Franchising & its national Extensions & Interpretations. Belgium 2012. Saatavilla osoitteessa <http://www.eff-franchise.com/Data/Code%20of%20Ethics.pdf>. Viitattu 31.7.2019. (EFF 2012)

International Franchising Association. IFA's Code of Ethics. Saatavilla osoitteessa <https://www.franchise.org/about-us/mission-statement-vision-code-of-ethics>. Viitattu 31.7.2019. (IFA:n eettiset säännöt)

Kansainvälisen kauppakamarin ICC:n markkinointisäännöt 2018. Saatavilla osoitteessa <https://kauppakamari.fi/wp-content/uploads/2019/07/marketing-code-2018-finnish-saannot-suomeksi-2019-1.pdf>. Viitattu 25.7.2019. (ICC:n markkinointisäännöt)

Suomen Franchising-Yhdistys ry. Suomen Franchising-Yhdistyksen Eettiset Säännöt 1.1.2017 alkaen. Saatavilla osoitteessa <https://www.franchising.fi/eettiset-saannot>. Viitattu 17.6.2019. (SFY:n eettiset säännöt)

World Franchise Council. World Franchise Council's Principles of Ethics. 12 November 2001. Saatavilla osoitteessa <https://www.worldfranchisecouncil.net/code-of-ethics.html>. Viitattu 31.7.2019. (WFC:n eettiset säännöt)

Kotimaiset oikeustapaukset

KKO 1995:204

KKO 1996:27

KKO 2001:27

KKO 2004:32

KKO 2013:17

KKO 2016:13

HHO 24.1.1985 nro 99

HHO 23.9.1992 nro 3366

HHO 23.12.1998 nro 3908

HHO 9.3.1999 nro 563

HHO 11.1.2017 nro 24

HHO 11.7.2017 nro 901

Kouvola HO 9.6.2005 nro 640

Vaasa HO 2.4.2014 nro 281

MAO:95/II/02
MAO:184/II/02
MAO:84/03
MAO:132/04
MAO:82/05
MAO:332/08
MAO:535/08
MAO:332/09
MAO:451/09
MAO:619/09
MAO:613/10
MAO:121/12
MAO:190/12
MAO:381/12
MAO:198/13
MAO:269/13
MAO:429/13
MAO:809/14
MAO:153/15
MAO:883/15
MAO:221/16
MAO:355/16
MAO:374/16
MAO:271/17

MAO:407/17

MAO:536/18

MAO:69/19

Viranomaispäätökset

Kilpailuneuvoston päätös 22.1.1999 dnro 8/359/1998

Lausunnot

LTL 749/1990

LTL 790/1994

LTL 843/2001

LTL 877/2005

LTL 889/2007

TN 1995:18

TN 2010:14

Euroopan unionin tuomioistuinten ja komission ratkaisut

C-161/84 *Pronuptia*, Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 28.1.1986, Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, ECLI:EU:C:1986:41

C-421/13 *Apple Store*, Unionin tuomioistuimen tuomio (kolmas jaosto) 10.7.2014, Apple Inc. v. Deutsches Patent- und Markenamt Bundespatentgericht, ECLI:EU:C:2014:2070

T-335/14 *DoggiS*, Unionin yleisen tuomioistuimen tuomio (kuudes jaosto) 28.1.2016, Davó Lledó v. SMHV, Administradora y Franquicias América ja Inversiones Ged, ECLI:EU:T:2016:39

88/604/EEC *ServiceMaster*, Commission Decision, 14 November 1988, OJ 1998 L 332/38

Ulkomaiset oikeustapaukset

MD 1993:26

MD 2015:9

New South Wales Supreme Court, Wheatley v. Bell [1984] FSR 16

US District Court for the Eastern District of Pennsylvania, In re Arthur Treacher's Franchisee Litigation, 537 F. Supp. 311 (E.D. Pa. 1982)

US District Court for the Eastern District of Missouri, Re/Max of America, Inc. v. Viehweg, 619 F. Supp. 621 (E.D. Mo. 1985)

US District Court for the District of South Dakota, Little Caesar Enterprises, Inc. v. Sioux Falls Pizza Co. Inc, CIV. 12-4111-KES (D.S.D. 2012)

Asiantuntijahaastattelut

Elo, Hanna-Maija, asianajaja, osakas, Properta Asianajotoimisto Oy. Puhelinhaastattelu 25.3.2020, haastattelijana Pinja Syrjälä. (Elo 25.3.2020)

Krook, Åsa, asianajaja, osakas. Borenius Asianajotoimisto Oy. Haastattelu Helsingissä 12.3.2020 ja sähköpostihaastattelu 6.4.2020, haastattelijana Pinja Syrjälä. (Krook 12.3.2020)

Laakso, Henri, franchisingasiantuntija, toimitusjohtaja, FranCon Franchise Consulting. Videohaastattelu 19.3.2020, haastattelijana Pinja Syrjälä. (Laakso 19.3.2020)

Norrgård, Marcus, professori, OTT, Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta; puheenjohtaja, Suomen Franchising-Yhdistys ry:n Eettinen lautakunta. Sähköpostihaastattelu 30.03.2020, haastattelijana Pinja Syrjälä. (Norrgård 30.3.2020)

LYHENTEET

AIPPI	International Association for the Protection of Intellectual Property
EFF	European Franchise Federation
EU	Euroopan unioni
HHO	Helsingin hovioikeus
HO	hovioikeus
ICC	Kansainvälinen kauppakamari
IFA	International Franchising Association
KKO	korkein oikeus
KTM	kauppa- ja teollisuusministeriö
LTL	Keskuskauppakamarin liiketapalautakunta
MAO	markkinaoikeus
OikTL	laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (13.6.1929/228)
PL	Suomen perustuslaki (11.6.1999/731)
SFY	Suomen Franchising-Yhdistys ry
SopEhtoL	laki elinkeinonharjoittajien välisten sopimusehtojen sääntelystä (3.12.1993/1062)
SopMenL	laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (22.12.1978/1061)
TN	tekijänoikeusneuvosto
WFC	World Franchise Council

1 Johdanto

1.1 Tutkimuskysymyksen taustaa

Franchising on yksi yleisimmistä yritysten yhteistyömuodoista, joka työllistää noin 100 000 työntekijää jatkuvasti kehittyvillä 6 miljardin euron franchisingmarkkinoilla Suomessa.¹ Franchising määritellään kahden oikeudellisesti ja taloudellisesti itsenäisen yrityksen, franchisingantajan ja franchisingottajan pitkäaikaiseksi sopimusperustaiseksi yhteistyöksi, jossa franchisingantaja siirtää taloudellista vastiketta vastaan franchisingottajalle oikeuden käyttää ennalta määriteltyjen ohjeiden mukaisesti sovitun ajan tietyllä alueella tai tietyssä paikassa hallitsemaansa liiketoimintakonseptia.² Franchisingia voi kuvata termillä ”*system leasing*”,³ jonka kohteena on taloudellisesti kannattava, kilpailukykyinen ja menestynyt liiketoimintakonsepti, jolla on kysyntää ja markkinapotentiaalia franchisingottajien keskuudessa.⁴ Näin ollen franchisingtoimintaa voi luonnehtia myös Laakson tavoin menestyksen kloonaamiseksi.⁵ Tässä tutkielmassa tarkasteltava franchisingmuoto on *business format franchising*, joka on Euroopassa ainoa tunnustettu franchisingmuoto.⁶ Business format franchising on tiivis ja jatkuva yhteistyösuhteen muoto, sillä yhteistyö koskee kokonaisen liiketoimintakonseptin luovutuksen lisäksi myös ketjun markkinointia, tuotekehitystä, hankintoja sekä muita ketjun ylläpitämiseen liittyviä palveluita.⁷

Franchisingkonseptin jäljittely on jokseenkin uusi ja yleistynyt ilmiö maailmalla. Useat esimerkit kuitenkin osoittavat, että menestyksekkäs franchisingkonsepti on altis jäljittelylle.⁸ Franchisingkonseptin jäljittelyllä tarkoitetaan tässä tutkielmassa franchisingkonseptin elementtien kopioimista sellaisenaan tai vähäisin muutoksin kilpailevan liiketoiminnan

¹ KTM 14/2002, s. 3 sekä SFY 2020, s. 22.

² SFY:n eettiset säännöt, kohta 1. Myös oikeuskirjallisuudessa esimerkiksi Lautjärvi – Tommila 1988, s. 9–10 sekä Mattila ym. 1998, s. 25–26.

³ Ks. Laakso 2005, s. 30. Laakson mukaan franchisingasiantuntijan Moshe Gerstenhaberin termi ”*system leasing*” on yksi kuvaavimmista ja tiivistetyimmistä tavoista kuvata franchisingia. Tähän näkökulmaan on helppo yhtyä.

⁴ Laakso 1998, s. 22.

⁵ Laakso 2005, s. 30.

⁶ Lautjärvi – Tommila 1988, s. 22 sekä Laakso 2005, s. 36. Yhdysvalloissa kahtena muuna franchising muotona tunnetaan myös *product distribution franchising* sekä *trade name franchising*. Tämä tutkielma ei käsittele näitä franchisingmuotoja sen tarkemmin, sillä tutkielman on tarkoitus tuottaa vastauksia franchisingtoiminnasta ja sen suojasta Suomessa.

⁷ Ks. esimerkiksi Lautjärvi – Tommila 1988, s. 10 ja 22, Mattila ym. 1998, s. 33 sekä Laakso 1998, s. 24.

⁸ Vrt. Sohlberg 1993, jonka mukaan franchisingkonseptin jäljitelmät eivät ole olleet iso ongelma. Sohlberg on esittänyt kantansa Ruotsin tilanteesta 1990-luvulla, joten asian on katsottava sittemmin muuttuneen franchisingalan kasvun ja kehityksen sekä erityisesti globalisaation myötä. Tuotejäljitelmät ovat olleet jo pitkään tunnettu ongelma, mutta nykyään ei ole poikkeuksellista, että kokonainen liiketoimintakonsepti kopioidaan.

käyttöön. Hyvä esimerkkitapaus on yhdysvaltalaisen franchisingketju Starbucksin liiketoiminnan jäljittely Kiinassa, kun Starbucks voitti vuonna 2006 tavaramerkkiriidan kiinalaista Xingbake-kahvilaketjua vastaan. Xingbake-kahvilaketju oli kopioinut muun muassa Starbucksin kahviloiden sisustustyylin sekä ottanut käyttöönsä kiinankielisen käännöksen ketjun nimestä.⁹ Myös ruotsalainen franchisingketju Ikea joutui järjestelmällisen jäljittelyn kohteeksi Kiinassa vuonna 2011. Kiinaan perustettu yritys 11 Furniture oli kopioinut liiketilansa visuaaliselta ilmeeltään täysin yhteneväiseksi Ikean kanssa. Myös yrityksien nimet olivat kiinankieliseltä lausuntatavalta hyvin lähellä toisiaan. Tässä tapauksessa itse liiketoiminta oli toteutettu kuitenkin hieman eri tavalla, sillä jäljitelmässä huonekalut valmistettiin tilaustyönä eikä toimitettu osissa Ikean tavoin.¹⁰ Näiden esimerkkien nojalla voikin perustellusti todeta, että franchisingkonseptin suojaamisen merkitys korostuu erityisesti franchisingketjun laajentuessa toimimaan kansainvälisillä markkinoilla.¹¹

Edellä mainituissa tapauksissa kyse on ollut kolmannen tahon toteuttamasta jäljittelystä. Riski franchisingkonseptin jäljittelystä liittyy myös erityisesti franchisingketjun entisiin franchisingottajiin franchisingsuhteen päättymisen jälkeen.¹² Esimerkiksi Yhdysvalloissa on ilmennyt tapauksia, joissa franchisingkonseptin jäljittelijä on ollut ketjusta lähtenyt entinen franchisingottaja tai ketjun työntekijä, joka on alkanut harjoittaa franchisingkonseptin kaltaista liiketoimintaa franchisingsopimuksen päätyttyä.¹³ Usein kyseessä on ollut sallitusta franchisingkonseptin jäljittelystä, koska kilpailevassa liiketoiminnassa ei ole loukattu franchisingantajan liikesalaisuuksia ja tavaramerkkejä tai muita immateriaalioikeuksia.¹⁴ Laakson mukaan Suomessa franchisingsuhteen yhtenä yleisimpänä riidan aiheena on ollut ketjun ominaispiirteiden ja tunnusten suojeleminen.¹⁵ Franchisingantaja siirtää franchisingottajan käytettäväksi kilpailukykyisen franchisingkonseptin, joka on koko franchisingketjun menestyksen kannalta kriittinen tekijä. Näin ollen franchisingkonseptin

⁹ Giang 2011. Vrt. Schrader 2019. Starbucks-ketju on joutunut jäljittelyn kohteeksi useamman kerran. Esimerkiksi palestiinalaisen Stars & Bucks Café -kahvilaketjun voidaan todeta hyväksikäyttävän Starbucksin goodwill-arvoa sekä nimen että logon osalta. Muutoin kahvilaketjuilla ei ole kovin paljon yhteistä esimerkiksi hintojen tai tunnelman osalta, joten kyseessä ei voida katsoa olevan koko franchisingkonseptin jäljittelystä.

¹⁰ Daily Mail 2011.

¹¹ Laakso 2005, s. 195.

¹² Näin myös Hoppu 2016, s. 128.

¹³ Ks. esimerkiksi Little Caesar Enterprises, Inc. v. Sioux Falls Pizza Co. Inc, CIV. 12-4111-KES (D.S.D. 2012). Myös In re Arthur Treacher's Franchisee Litigation, 537 F. Supp. 311 (E.D. Pa. 1982); Re/Max of America, Inc. v. Viehweg, 619 F. Supp 621 (E.D. Mo. 1985).

¹⁴ Idem. Ks. myös Sandroock 1988, s. 5–6 ja 24. Useissa tapauksissa kilpaileva ja samankaltainen toiminta on katsottu sallituksi, kun toiminta ei ole aiheuttanut korvaamattomia vahinkoja ja entinen franchisingottaja ei ole pyrkinyt tarjota palvelujaan franchisingketjun osana. Samoin myös Goldberg – Csik 2014, s. 66–67.

¹⁵ Laakso 1998, s. 134–137.

suojeleminen on erittäin tärkeää, ja franchisingsopimukseen otetaankin tyypillisesti tiukat ehdot salassapidosta ja sopimuksen päättymisen jälkeisestä toiminnasta.¹⁶

Kilpailunvapauden ja perustuslain turvaaman elinkeinovapauden vuoksi jäljittelyä pidetään lähtökohtaisesti sallittuna. Toisaalta julkisena intressinä voidaan pitää reilun kilpailun turvaamista sekä kuluttajien suojaamista. Jäljittelevä yrittäjä säästää aikaa ja investointeja kehittämiskustannuksiin, jos hän jäljittelee jo toimivaksi testattua konseptia ja sen menestymisen ydintekijöitä.¹⁷ Franchisingantajan taloudellisia panostuksia turvaavaa investointisuoja ei kuitenkaan tällä hetkellä voida katsoa tehokkaaksi legitimointiperusteeksi jäljittelysuojalle. Esimerkiksi sopimatonta menettelyä elinkeinotoiminnassa koskevan normiston tarkoituksena ei ole enää pelkästään suojata yksittäistä elinkeinonharjoittajaa, vaan turvata yleistä etua ja tarkastella pysyviä vaikutuksia kilpailulle.¹⁸

Franchisingkonseptin yksittäisiä osasia, kuten immateriaalioikeuksia tai yrityssalaisuuksia, voidaan turvata omalla erityislainsäädännöllään. Kuitenkin kaikki franchisingkonseptiin sisältyvät elementit eivät saa lainsäädännöllistä suojaa jäljittelyltä. On epävarmaa, voivatko franchisingkonseptiin kuuluvat liiketoiminnalliset menetelmät tai toimipaikan esteettiset tunnuspiirteet, kuten toimipaikan sisustus ja työntekijöiden vaatetus, saada suojaa jäljittelyä vastaan. Lisäksi oma kysymyksensä on, voiko franchisingkonsepti saada suojaa jäljittelyä vastaan sellaisenaan, eri osasten muodostamana kokonaisuutena. Lain sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa 1 §:n yleislauseke saattaisi eräissä tapauksissa tarjota suojaa franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan. Lisäksi sopimusperusteinen suoja voi täydentää franchisingkonseptin suojaa sopimattomalta jäljittelyltä immateriaalioikeudellisen suojan ulkopuolella.¹⁹

1.2 Tutkimuskysymykset ja aiheen rajaukset

Oikeuskirjallisuudessa ei ole tähän mennessä tutkittu franchisingkonseptin suojaamista jäljittelyltä, joten tämä velvoiteoikeudellinen tutkielma on aiheeltaan uusi ja antaa osaltaan

¹⁶ Laakso 1998, s. 136–137.

¹⁷ Esimerkiksi Lautjärvi – Tommila 1988, s. 12. Liikeidean testaamiseen ja käytännössä toimivan franchisingkonseptin kehittämiseen kuluu usein monien vuosien työ.

¹⁸ Ks. Syrjä 2016, s. 193–194.

¹⁹ Syrjä 2016, s. 240.

mielenkiintoisen näkökulman aihepiiriin.²⁰ Tutkielman tavoitteena on selvittää, minkälaista suojaa franchisingkonseptin on mahdollista saada lainsäädännön perusteella sekä miten tätä suojaa tulisi täydentää sopimusperusteisesti. Tutkimuskysymyksiä ovat seuraavat: 1) Minkälainen on suoja franchisingkonseptin jäljittelyltä voimassa olevan lainsäädännön perusteella? 2) Miten franchisingkonseptin jäljittelyltä voi suojautua sopimusperusteisesti? 3) Miten laaja sopimusperusteinen suoja voi olla OikTL 36 §:n sovittelusäännöksen rajoissa eli milloin sopimusperusteista suojaa voidaan pitää kohtuullisena? sekä 4) Mikä on sopimusperusteisen suojan suhde lakisääteiseen suojaan?

Tutkimuskysymys 2 ja 3 kuuluvat ennakoivan sopimustekniikan alaan. Tutkielman yhtenä tausta-ajatuksena on ennakko-oletus siitä, että on välttämätöntä hallinnoida erityisesti franchisingsopimuksen päättymisen jälkeistä oikeustilaa sopimusperusteisesti, kun laki ei tarjoa kattavaa ja aukotonta suojaa franchisingkonseptin jäljittelyltä. Hemmon mukaan sopimustekniikan alaan kuuluu kysymys siitä, minkälaisista asioista sopimukseen otetaan ehtoja ja miten nämä ehdot muotoillaan. Huolellisella sopimustekniikalla voidaan ennaltaehkäisevästi turvata sopimusjärjestelyyn liittyvien oikeuksien ja liiketoiminnallisten tavoitteiden toteutuminen, välttää kohtuuttomat vastuuriskit ja ehkäistä tehokkaasti mahdolliset sopimushäiriöt.²¹ Sopimustekniset valinnat perustuvat intressi- ja riskianalyysiin, jonka tarkoituksena on määrittää sopimuksen tavoitteet ja mahdolliset esteet niiden toteutumiseksi.²² Esimerkiksi franchisingsopimuksen päätavoitteena voidaan katsoa olevan yhteistyön ehtojen määrittely. Franchisingantajalla on muitakin tärkeitä intressejä turvattavana, kuten liikesalaisuuksien salassapito sekä franchisingketjun kilpailukyvyn säilyminen.²³ Näitä

²⁰ Vrt. Syrjä 2016. Tässä tutkielmassa hyödynnetään franchisingkonseptin jäljittelysuojan tarkastelussa Syrjän tutkimusta palvelukonseptin suojasta sopimattomalta jäljittelyltä, sillä tulosten voidaan katsoa olevan sovellettavissa *mutatis mutandis* franchisingkonseptiin. Useissa franchisingkonsepteissa on havaittavissa yhdistelmä tavara- ja palvelukonseptista, sillä sekä ketjun tuotteet että palvelu voivat olla franchisingketjun olennainen tunnuspiirre. Hyviä esimerkkejä ovat McDonald's ja R-kioski, joiden menestys ei perustu pelkästään elintarvikkeisiin, vaan ketjujen liiketoimintaidea koostuu myös muista olennaisista osatekijöistä, kuten nopeasta ja tehokkaasta asiakaspalvelusta. Lisäksi jokaisella franchisingketjulla on omat yhdenmukaiset palveluperiaatteet ja -standardit. Franchisingtoimintaa on myös puhtaasti palvelualoilla, joista tunnettuja esimerkkejä ovat Kiinteistömaailma ja Hertz. Todettakoon, ettei Syrjän väitöskirjassa käsitellä ollenkaan palvelukonseptin sopimusperusteista suojaa tai franchisingsopimukseen liittyviä näkökohtia, kun puolestaan franchisingkonseptin sopimusperusteinen suoja jäljittelyltä on olennainen osa tätä tutkielmaa. Tähän myös vastaväittäjä Kari Hoppu on tarttunut todetessaan, että Syrjän väitöskirjassa olisi pitänyt tarkastella myös franchisingtoimintaan liittyvää jäljittelyä. Ks. Hoppu 2016, s. 128.

²¹ Hemmo 2005a 3–4 ja 6.

²² Ks. intressien ja riskien kartoituksesta tarkemmin Hemmo 2005a, s. 11–15.

²³ Vrt. Hemmo 2005a, s. 31. Avainintressejä ovat usein muun muassa keskeiset negatiiviset velvoitteet, kuten salassapito- ja kilpailukieltoehdot. Katsoisin, että juuri kyseisten velvoitteiden tärkeyden takia niitä myös vahvistetaan sopimussakolla.

intressejä uhkaavia riskejä voi olla esimerkiksi ketjusta lähteneen franchisingottajan opportunistinen tai vilpillinen käytös ja franchisingkonseptin jäljittely.²⁴ Nämä riskit ovat systematisoitavissa laajempaan riskiryhmään, joka liittyy sopimuskumppanin luotettavuuteen.²⁵

Ilman franchisingkonseptin sopimusperusteista jäljittelyn suojaa entisen franchisingottajan olisi helppo ratsastaa toimivalla konseptilla, jonka franchisingottaja saa tietoonsa franchising-suhteen aikana. Näin ollen tutkielmassa tarkastellaan sopimusperusteisia keinoja suojella franchisingkonseptia ketjusta lähteneen franchisingottajan hyväksikäytöltä. Näitä kappaleessa 4 tarkasteltavia keinoja ovat muun muassa kilpailukiello, salassapitovelvoite sekä erilaiset velvollisuudet lopettaa konseptiin sisältyvien oikeuksien käyttäminen. Tutkielmassa tarkastellaan myös nimenomaista sopimusmääräystä, joka kieltää franchisingkonseptin jäljittelyn. Tutkielman näkökulma painottuu siis franchisingkonseptin suojaan *inter partes*, vaikka lainsäädännöllistä suojaa käsitellessä näkökulma on myös sopimussuhteen ulkopuolisessa suojassa, joka on voimassa kaikkia markkinoilla toimivia elinkeinonharjoittajia vastaan.

Tutkielmassa tarkastellaan franchisingkonseptiin kokonaisuutena kohdistuvaa jäljittelyä. Näin ollen yksinoikeuksien ja liikesalaisuuksien jäljittelyn tarkastelu jätetään tarkoituksella hieman suppeammaksi, koska näitä franchisingkonseptin elementtejä suojataan erityislaitailla ja niistä on kirjoitettu kattavasti oikeuskirjallisuudessa. Tutkielmassa ei tarkastella myöskään jäljittelyä rikosoikeudellisesta näkökulmasta, joka voisi ilmetä esimerkiksi rikoslain (19.12.1889/39) 30:4:n mukaisena yritysvakoiluna, jos kilpailijat yrittäisivät hankkia liikesalaisuuksia oikeudettomasti kilpailevan liiketoimintakonseptin perustamiseksi. Tutkielmaan ei myöskään sisälly laajaa kilpailuoikeudellista arviointia tai franchisingkonseptin jäljittelyn estävien sopimusehtojen rikkomisen seuraamuksia, kuten sopimusperusteiden vahingonkorvausvelvollisuuden analysointia, sillä tutkielman painopiste on sopimusehtojen sopimusoikeudellisessa analyysissä.

²⁴ Ks. Mattila ym. 1998, s. 65. Mattilan ym. mukaan joissakin tapauksissa franchisingottaja saattaa liittyä franchisingtoimintaan vain hankkiakseen tietoa ja osaamista kilpailevan liiketoiminnan perustamiseen.

²⁵ Ks. Hemmo 2005a, s. 13. Sopimukseen liittyviksi riskeiksi Hemmo on nimennyt korvausvastuuriskin, sitovuusriskin, tulkintariskin, sopimuskumppanin luotettavuuteen ja maksukykyyn liittyvän riskin sekä suorituskustannusriskin. Ks. myös Hemmo 2005b, s. 41–61 ja 90–91 sopimuksiin liittyvistä vastuuriskeistä.

1.3 Tutkimusmetodi ja tutkielman lähdeaineisto

Tämän tutkielman ensisijainen tutkimusmetodi on lainoppi, jonka mukaisesti tutkielman tavoitteena on tulkita ja systematisoida voimassa olevaa oikeutta *de lege lata*.²⁶ Oikeustieteen tehtävänä on esittää erilaisia tulkintavaihtoehtoja voimassa olevasta oikeudesta, kun taas eri tulkintavaihtoehtojen valinta kuuluu poliittiseen prosessiin.²⁷ Oikeuslähdeopillisesti tutkielmassa on käytetty vahvasti ja heikosti velvoittavia sekä sallittuja oikeuslähteitä.²⁸ Tutkielmassa käsitellään oikeuskäytäntöä soveltuvien osin. Haasteita aiheuttaa kuitenkin se, että franchisingsuhteen riittaisuudet joko sovitaan osapuolten välillä taikka ne ratkaistaan tavanomaisesti välimiesmenettelyssä, jolloin ongelmat pysyvät piilossa julkisuudesta.²⁹

Tutkielmaan sisältyy myös oikeusvertailua Ruotsista ja Yhdysvalloista. Erityisesti Yhdysvaltalainen franchisingoikeus on kehittyneempää ja yhtenäisempää kuin eurooppalainen franchisingoikeus, joten se tarjoaa mielenkiintoisia vertailukohtia pohdittavaksi.³⁰ Teoreettisen tutkimuksen ohella tutkielmaan sisältyy empiiristä oikeustutkimusta asiantuntijahaastatteluiden avulla ja haastatteluissa saatujen franchisingsopimuksiin sisältyvien lausekkeiden analyysin muodossa. Tutkielmaa varten on haastateltu neljää hyvin kokenutta franchisingiin erikoistunutta asiantuntijaa: Åsa Krookia, joka on Borenius Asianajotoimisto Oy:n osakas ja muun muassa franchisingsopimuksiin erikoistunut asianajaja; Henri Laaksoa, joka on FranCon Franchise Consultingin toimitusjohtaja ja franchisingasiantuntija; Hanna-Maija Eloa, joka on Properta Asianajotoimisto Oy:n osakas ja muun muassa franchisingsopimuksiin erikoistunut asianajaja sekä immateriaalioikeuden professori Marcus Norrgårdia, joka on myös Suomen Franchising-Yhdistyksen Eettisen lautakunnan puheenjohtaja. Asiantuntijahaastatteluiden avulla on kerätty lisätietoa franchisingkonseptin jäljittelyyn liittyvistä sopimuskäytännöistä franchisingalalla.

²⁶ Ks. tarkemmin Aarnio 1989, s. 48 ja Hirvonen 2011, s. 36–53.

²⁷ Syrjä 2016, s. 34.

²⁸ Ks. oikeuslähteiden jaottelusta ja oikeuslähteistä argumentaation pohjana tarkemmin Aarnio 1989, s. 220–221.

²⁹ Esimerkiksi Laakso 2005, s. 166. Laakso on todennut, että franchisingsuhteeseen liittyvät riidat päätyvät vain hyvin harvoin tuomioistuimeen tai välimiesmenettelyyn, sillä tyypillisesti riidat sovitaan ja sopimus puretaan yhteisesti. Myös SFY:n eettisten sääntöjen mukaan, kohta 2.4.4 ja 2.4.5, erimielisyyden tulee ratkaista ensisijaisesti neuvotteluilla taikka sovittelumenettelyssä.

³⁰ Ks. amerikkalaisen ja suomalaisen sopimusoikeuden ja franchisingin eroista ja yhteneväisyyksistä tarkemmin Komulaisen oikeusvertaileva tutkimus vuodelta 2007. Ks. Komulainen 2007, s. 110–111. Komulaisen havaintojen perusteella amerikkalainen franchising oikeudellisenä instituutiona ei ole toistaiseksi sulautunut osaksi suomalaista oikeusjärjestelmää, vaikka franchising taloudellisen toiminnan mallina onkin vakiintunut suomalaiseen liike-elämään.

2 Franchisingkonsepti suojan kohteena

2.1 Franchisingkonseptin määritelmä

Franchisingkonseptin jäljittelyn suojan analysointi on luonnollista aloittaa määrittelemällä ensin franchisingkonsepti eli toisin sanoen franchisingliiketoimintamalli sekä sen ulottuvuus.³¹ Franchisingkonseptille ei ole olemassa yhtenäistä kansainvälistä määritelmää.³² Franchisingkonseptia voi yksinkertaisimmillaan kuvata menestysmahdollisuuden omaavaksi, mallinnetuksi ja käytännössä testatuksi liiketoiminnan harjoittamistavaksi.³³ Laakso on kuvaillut konseptia siihen kohdistuvien osapuolten tekemien toimien avulla: mallina, jonka ”franchisingantaja on kehittänyt ja jonka käyttöoikeuden se luovuttaa franchisingottajalle ja jota kaikki franchisingketjun jäsenet hyödyntävät liiketoiminnassaan yhdenmukaisesti siten, että se myös näkyy asiakkaalle samanlaisena tarjontana ja toimintatapana.”³⁴

Vaihtoehtoisesti franchisingkonseptin voi määritellä siihen kuuluvien elementtien avulla, mikä on tarpeellista tämän tutkielman näkökulmasta. Suomen Franchising-Yhdistyksen eettisissä säännöissä franchisingkonseptin sisällöksi on määritelty käyttöoikeus franchisingantajan toiminimeen, tavaramerkkiin, know how’hun, liiketoimintamenetelmiin ja tekniikkoihin, työskentelytapoihin sekä muihin aineettomiin oikeuksiin.³⁵ Laakso on käsittänyt konseptin hieman laajemmin, ja hänen mukaan konseptiin sisältyvät kaikki ketjun olennaisimmat kilpailutekijät, kuten liiketoimintamallin ideologia, liiketoimintamallin perusoivallukset ja -periaatteet, tuote- ja palveluvalikoima, työmenetelmät ja toimintatavat, työvälineet, sekä

³¹ Mattila ym. 1998, s. 48–49 sekä Laakso 2005, s. 32. Vrt. Fernlund 2018, s. 49. Fernlund on todennut franchisingkonseptiin viitattavan englanniksi termeillä ”system”, ”business format”, ”business method”, ”method of operation” ja ”concept”.

³² Fernlund 2018, s. 49. Fernlundin mukaan lähimpänä kansainvälistä määritelmää on ollut jo kumotun EU:n ryhmäpoikkeusasetuksen nro 4087/88 määritelmä, vaikkakaan nimenomaista liiketoimintakonseptin määritelmää siinä ei ole ollut. Asetuksen artiklan 1 kohdan 3 perusteella on katsottavissa, että franchisingkonseptiin kuuluvia piirteitä ovat yhteinen nimi tai liiketunnus, liiketilan yhtenäinen ilme ja varustelu sekä salainen, olennainen ja yksilöitävissä oleva know how. Fernlund on keskittynyt lainsäädännön analysointiin, joten hän ei ole ottanut huomioon ICC:n franchising-mallisopimusta, jolla on mielestäni potentiaalia yhdenmukaistaa franchisingkonseptin käsitettä. Vrt. ICC:n mallisopimus, s. 18. Mallisopimuksessa määritellään franchisingkonsepti (system), johon katsotaan kuuluvaksi immateriaalioikeudet, know how, luottamuksellinen tieto, liiketoimintamalli ja toimintatavat.

³³ Mattila ym. 1998, s. 51. Samoin Laakso 2005, s. 281.

³⁴ Laakso 2005, s. 32. Vrt. Sammallahti 2009, s. 67 ja 68 sekä 85–86. Sammallahti kuvailee liiketoimintakonseptia asiakkaan kokemaksi ja aistimaksi maailmaksi.

³⁵ SFY:n eettiset säännöt, kohta 1. Vrt. EFF 2012, s. 11 ja 13. Ranskan maakohtaisessa poikkeamassa EFF:n eettisiin sääntöihin franchisingkonsepti on määritelty kolmen elementin avulla: i) erottamiskykyiset tunnukset, ii) kaupallinen kokemus ja know how sekä iii) tuote- tai palveluvalikoima tai teknologia.

yrityskuvalliset elementit.³⁶ Yrityskuvallisilla elementeillä tarkoitetaan muun muassa franchisingketjun värejä, fontteja sekä tunnuksia.³⁷ Yrityskuvallisten elementtien lisäksi franchisingkonseptille ovat ominaisia muut yhteiset visuaaliset elementit, kuten liiketilojen sisustus ja työntekijöiden vaatetus. Niemisen mukaan joskus franchisingkonseptiin sisältyy myös patentoitavissa oleva valmistusmenetelmä tai teknologia.³⁸ Laakson määritelmään tulisi lisätä vielä franchisingkonseptiin sisältyvän maine, jonka avulla franchisingkonsepti näkyy yksilöllisenä liiketoimintana markkinoilla kuluttajien silmissä.³⁹ Konsepti on siis laaja kokonaisuus, jonka sisällöksi eivät riitä pelkästään immateriaalioikeudet tai yhteinen tuotevalikoima.⁴⁰ Liiketoimintakonsepti on myös jatkuvasti kehittyvä kokonaisuus, jota kehitetään franchisingkonseptin strategian lähtökohdista käsin.⁴¹

2.2 Franchisingkonseptin tunnuspiireet

Liiketoimintakonseptien sisällön vaihdellessa ketjusta toiseen on oleellista pystyä erottelemaan jokaiselle franchisingkonseptille tunnusomaisia piirteitä. Toimivalle franchisingkonseptille on löydettävissä neljä tekijää: konseptin täytyy olla testattu, mallinnettu, dokumentoitu ja monistettavissa.⁴² Franchisingkonsepti eroaa siis näiltä osin tavanomaisesta liiketoimintakonseptista, jonka ei välttämättä tarvitse olla monistettavissa tai valmiiksi testattu. Ensinnäkin franchisingkonseptin tulee olla valmiiksi kehitetty ja testattu useina menestyksekkäinä toimintavuosina.⁴³ Toiseksi franchisingkonseptin mallinnuksella tarkoitetaan liiketoimintamallin oleellisten osatekijöiden tunnistamista, jotka lopulta

³⁶ Laakso 2005, s. 52 ja 281. Ks. myös Lautjärvi – Tommila 1988, s. 43–44. Vrt. Fernlund 2018, s. 50. Fernlund määrittelee konseptin: a) liikeideaksi, jota on kehitetty ja testattu; b) joka perustuu tietoon ja kokemukseen (know-how); c) joka on puettu profiilipakettiin ja d) jolle on myönnetty tavaramerkki. Profiilipakettiin sisältyy yritysidentiteetti, johon laajassa mielessä kuuluvat myös yrityksen käytäntösäännöt ja erilaiset politiikat.

³⁷ Ks. Laakso 2005, s. 213.

³⁸ Ks. Nieminen 1995, s. 15. Franchisingsopimuksessa voidaan sopia merkittävästä teknologiansiirrosta, kuten liikkeenjohdollisesti monimutkaisten McDonalds'in laskentamenetelmien siirrosta.

³⁹ Ks. Sammallahti 2009, s. 67, 79–80 ja 87–130. Sammallahtien mukaan liiketoimintakonsepti voidaan jakaa kahdeksaan elementtiin: 1) tuote; 2) asiakkaalle tuotettavat palvelukokemukset; 3) visuaaliset elementit; 4) asiakaskunta ja henkilöstö; 5) myyntitapa, -paikka ja -materiaalit; 6) hinta; 7) saatavuus ja jakelukanavat sekä 8) maine.

⁴⁰ Ks. Sohlberg 1993, s. 36 ja 70 ja Mattila ym. 1998, s. 49. Myös Laakso 2005, s. 39.

⁴¹ Ks. Sammallahti 2009, s. 67.

⁴² Mattila ym. 1998, s. 51–52 sekä Laakso 2005, s. 49–55.

⁴³ Ks. Laakso 2005, s. 50–51. Ks. myös Fernlund 2018, s. 50. Todettakoon, ettei konseptin kehittämistyön tule loppua tähän, vaan franchisingantajan velvollisuutena on konseptin jatkuva kehittäminen myös myöhemmin franchisingsuhteen aikana.

mallinnetaan toimintaohjeiksi. ⁴⁴ Yhdenmukaistetut toimintaprosessit varmistavat, että toimintamalli ja toiminnan tulokset pysyvät yhtenäisinä jokaisessa franchisingketjun yrityksessä. Keskeisimpiä mallinnettavia asioita ovat työmenetelmät, työvälineet, tuotteet, palvelut, markkinointi ja yrityskuva. ⁴⁵ Kolmanneksi franchisingkonseptin täytyy olla dokumentoitu systemaattiseksi kokonaisuudeksi. Dokumentointi kulminoituu ketjun yhteiseksi käsikirjaksi, johon kirjataan franchisingkonseptin tärkein sisältö, työvälineet ja toimintaohjeet. Dokumentoinnilla turvataan franchisingkonseptin ja siihen sisältyvän know how'n siirtämisprosessi uudelle franchisingottajalle sekä helpotetaan yhtenäisen laatutason ylläpitämistä. ⁴⁶ Viimeiseksi franchisingkonseptin täytyy olla myös monistettavissa. Franchisingottajan menestys ei saa riippua ainutlaatuisista menestystekijöistä, kuten yrittäjän erikoisominaisuuksista, suhteista tai toimipaikasta. Sen tulee perustua pelkästään kaikille samanlaiseen konseptiin ja franchisingjärjestelmään sekä franchisingottajan omaan työpanokseen. ⁴⁷ Franchisingkonseptin mallintaminen, dokumentoiminen ja kehittäminen on työläs projekti, johon franchisingantaja on voinut uhrata useita vuosia ja merkittävästi rahaa. Näin ollen voidaan katsoa, että franchisingkonseptin suojaamiselle voisi olla perusteltu ja jopa korostettu tarve verrattuna perinteiseen liiketoimintakonseptiin.

Lisäksi franchisingkonseptin yhtenä tunnuspiirteenä voidaan pitää yksilöllisyyttä, jolla franchisingkonsepti erottuu toisten elinkeinonharjoittajien liiketoiminnasta. Laakson mukaan tunnistettavissa oleva yksilöllisyys tarkoittaa valmista ja selkeää yrityskuvaa eli brändiä, jolloin toimintamallia on vaikea imitoida tai sekoittaa muihin kilpaileviin toimintamalleihin. ⁴⁸ Erityisesti tavaramerkki ja toiminimi auttavat yksilöimään franchisingkonseptin ja lisäämään sen erottautumiskykyä, sekä siten vahvistavat franchisingketjun brändiä. Tässä tutkielmassa franchisingketjun brändi erotetaan franchisingkonseptin määritelmästä. Brändin mukainen mielikuva yrityksestä voidaan katsoa olevan enemmänkin seuraus franchisingkonseptin yhtenäisestä käytöstä kuin franchisingkonseptiin kuuluva osa. ⁴⁹

⁴⁴ Laakso 2005, s. 51 ja 53. Ks. konseptisuunnittelusta lähemmin Sammallahti 2009.

⁴⁵ Laakso 1998, s. 69–70.

⁴⁶ Ks. Laakso 2005, s. 194.

⁴⁷ Laakso 2005, s. 192.

⁴⁸ Ks. Laakso 1998, s. 61 sekä Laakso 2005 s. 190.

⁴⁹ Ks. lähemmin brändistä esimerkiksi Laakso 2005, s. 55–62. Vrt. Sammallahti 2009, s. 67 ja 79–80. Sammallahti puolestaan kuvailee brändiä liiketoimintakonseptin ulkokuoreksi.

3 Lakisääteinen suoja franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan

3.1 Lakisääteisen suojan perusteet sekä eettiset säännöt täydentäjänä

Seuraavassa kappaleessa tarkastellaan sitä, miten lainsäädäntö suojaa franchisingkonseptia jäljittelyltä. Franchisingsopimuksista ei ole olemassa erityislainsäädäntöä Suomessa.⁵⁰ Myöskään franchisingkonseptille tai laajemmassa mielessä liiketoimintakonseptille ei ole olemassa omaa erityistä suojamuotoa, ja mahdollisuudet saada suojaa franchisingkonseptille sellaisenaan yksinoikeuslakien nojalla ovat hyvin vähäiset.⁵¹ Lakisääteinen suoja on pirstaloitunut, sillä suoja franchisingkonseptin jäljittelyltä muodostuu useasta eri yksittäisestä lainsäädöksestä.⁵² Eri lait suojaavat pääasiassa vain franchisingkonseptin yksittäisiä elementtejä. Tällaisia selkeimmiksi franchisingkonseptin suojakohteiksi voidaan katsoa esimerkiksi immateriaalioikeuslain suojattavat yksinoikeudet sekä liikesalaisuuslailla suojattavat liikesalaisuudet. Näiden franchisingkonseptin elementtien voidaan katsoa olevan tehokkaasti suojattu kyseisillä lailla. Vaikeammin suojattavia kohteita ovat esimerkiksi ketjun toimipisteiden sisustus, työntekijöiden vaatteet sekä ketjun käyttämät värit. Suoja jäljittelyltä, joka kohdistuisi franchisingkonseptiin kokonaisuutena, voisi kattaa myös nämä franchisingkonseptin elementit.

Lakisääteistä suojaa täydentävät Suomen Franchising-Yhdistyksen eettiset säännöt, jotka soveltuvat franchising-suhteen jokaisessa vaiheessa – sopimuksen solmimisesta sopimuksen päättämisen jälkeiseen aikaan. SFY:n eettiset säännöt ovat franchisingalan itsesääntelynormisto, joiden yhtenä tavoitteena on määritellä alan hyvä tapa.⁵³ Näin ollen niillä voi olla oikeudellista merkitystä franchisingsopimuksen tulkinnassa.⁵⁴ Säännöillä ei lähtökohtaisesti ole velvoittavaa asemaa, eikä niiden noudattamisen tehosteeksi voida asettaa oikeussuojakeinoja. Eettiset säännöt eivät tule ilman nimenomaista määräystä yksittäisen franchisingsopimuksen osaksi. SFY:n jäsenet ovat velvoitettuja noudattamaan eettisiä sääntöjä

⁵⁰ Useat liike-elämässä käytettävät sopimustyytit ovat lailla sääntelemättömiä, ja Suomessa franchisingsopimusjärjestely on kehittynyt ilman lainsäädäntöä. Erillisiä franchisinglakeja on säädetty ympäri maailmaa esimerkiksi Ruotsissa ja Yhdysvalloissa, mutta kansallisten lakien sisältö eroaa toisistaan huomattavasti. Ks. Fernlund 2018, jonka tutkii franchisingtoiminnan sääntelyn eroja kansainvälisellä tasolla.

⁵¹ Ks. Paukku 2012, s. 171.

⁵² Vrt. myöskään Yhdysvalloissa franchisingkonsepti ei saa sellaisenaan lainsäädännöllistä suojaa, joten sielläkin franchisingantajan on täydennettävä suojaa sopimuserusteisesti. Ks. Mullin – Wu 2016, s. 639–640.

⁵³ SFY:n eettiset säännöt perustuvat European Franchise Federationin eettisiin sääntöihin, jotka ovat alun perin vuodelta 1972. Säännöt ovat sisällöltään lähes identtiset, ja näin ollen EFF:n sääntöjä käsitellään vain niihin tehtyjen maakohtaisten poikkeamien osalta. Ks. myös IFA:n ja WFC:n eettiset säännöt.

⁵⁴ KTM 14/2002, s. 50. Ks. sopimusten tulkinnasta laajemmin Annola 2016 ja Hemmo 2003a, s. 561–664.

toiminnassaan, mutta myös kaikkien muidenkin franchisingalalla toimivien olisi suotavaa noudattaa sääntöjä.⁵⁵ SFY:n säännöissä ei ole nimenomaisesti yhtäkään franchisingkonseptin jäljittelyn kieltävää säännöstä. Sääntöjen yksityiskohtaisen tarkastelun sijasta niiden soveltuvat osat on tuotu vertaillen esiin tutkielman sopivissa osissa.

3.2 Immateriaalioikeudellinen suoja franchisingkonseptin yksittäisille elementeille

3.2.1 Immateriaalioikeuksien soveltuminen franchisingkonseptin suojaukseen

Franchisingtoiminnan eräs keskeisin menestystekijä on tunnettuihin ja tehokkaasti suojattuihin tunnuksiin perustuva maine ja ketjun yhtenäinen esiintyminen ulospäin.⁵⁶ Immateriaalioikeuksien voidaan katsoa olevan tärkein yksittäinen osa franchisingkonseptin suojatarpeessa, jolloin franchisingantajan ja kaikkien muiden ketjun jäsenten intressissä on pitää huolta suojan voimassaolosta. Velvollisuus on kirjattu myös SFY:n eettisiin sääntöihin: franchisingantajan on oltava ketjun liiketunnusten laillinen haltija sekä immateriaalioikeuksien on oltava suojattuina vähintään franchisingsopimuksen voimassaolon ajan.⁵⁷ Immateriaalioikeuksien suojaamisella tarkoitetaan tässä niiden asianmukaista rekisteröintiä sekä ajallaan tehtyjä rekisteröinnin uusintoja. Immateriaalioikeuksien rekisteröinnistä huolehtiminen on ennaltaehkäisevää suojaa franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan. Laajemmin ajateltuna immateriaalioikeuksien suojaus voi kattaa myös tehokkaat toimenpiteet immateriaalioikeuden loukkausta vastaan, jotka voivat tulla kyseeseen franchisingkonseptin jäljittelytapauksessa. Immateriaalioikeudellisia suojamuotoja kannattaakin hyödyntää mahdollisimman laajasti, sillä kilpailijoilla voi olla houkutus käyttää hyväkseen menestyneen franchisingketjun tunnuksia. Esimerkiksi tapauksessa MAO:69/19 franchisingketjun ulkopuoliset kilpailijayritykset olivat oikeudettomasti ottaneet käyttöönsä Pappa Pizza -tunnuksia, jotka franchisingketjun omistaja oli laillisesti rekisteröinyt aputoiminimekseen ja tavaramerkikseen. Tapauksen osapuolet olivat riidelleet myös aikaisemmin verkkotunnuksista

⁵⁵ Myös ICC:n mallisopimus, s. 5. Mallisopimuksen johdannossa kehoitetaan noudattamaan eri maissa laadittuja eettisiä ohjeita.

⁵⁶ Ks. Mattila ym. 1998, s. 175.

⁵⁷ Ks. SFY:n eettiset säännöt kohta 2.2.2 ja 5.5.3. Myös ICC:n mallisopimus, s. 32. Ks. Myös Mattila ym. 1998, s. 157. Vrt. Fernlund 2018, s. 175. Fernlundin tutkimuksen mukaan franchisingantajan velvollisuus suojata tavaramerkkinsä tällä tavoin on lakisääteinen velvoite eräissä maissa.

pappapizza.fi ja pappa-pizza.fi. Yksinkertaistettuna markkinaoikeus vahvisti tapauksessa MAO:221/16 Viestintäviraston päätöksen siirtää tunnukset niiden oikealle omistajalle eli Pappa Pizza -aputoiminimen haltijalle, koska kilpailija oli oikeudettomasti rekisteröinyt ne itselleen.⁵⁸ Samankaltaisesti tapauksessa MAO:271/17 kilpailija oli oikeudettomasti ottanut käyttöönsä Dennis Pizza -franchisingketjun rekisteröityyn tavaramerkkiin sekoitettavissa olevan tunnuksen pakastepizzojensa tuotepakkaukseen. Myös tapauksessa T-335/14 *DoggiS* oli kyse siitä, että chileläisen franchisingketjun tavaramerkit joutuivat jäljittelyn kohteeksi, kun kolmas taho yritti vilpillisesti rekisteröidä punaisen DoggiS-merkin EU-tavaramerkkinä. Rekisteröinti- tai syntyedellytysten täytyessä immateriaalioikeuksien suoja on vahvaa yksinoikeussuojaa, ja loukkaustilanteessa oikeudenhaltijalla on vahvat oikeussuojakeinot käytössään rikkomuksien estämiseksi sekä aiheutuneen vahingon korvaamiseksi.

Oikeuskirjallisuuden perusteella voidaan todeta, etteivät immateriaalioikeudet sovellu suojaamaan franchisingkonseptia sellaisenaan jäljittelyltä, vaan immateriaalioikeudellinen suoja jäljittelyä vastaan koostuu useiden eri yksinoikeuksien tuomasta suojasta franchisingkonseptin yksittäisille elementeille.⁵⁹ Oikeuskirjallisuudessa on pohdittu, voisiko palvelukonsepti saada suojaa analogisesti tekijänoikeudellisen tv-ohjelmaformaatin suojan kautta.⁶⁰ Toiseksi harkittavana on ollut liiketoimintamallin patentointi, ja esimerkiksi Yhdysvalloissa franchisingliiketoimintamalleja on suojattu patentilla (niin sanottu *business method patent*).⁶¹ Sen sijaan Suomessa patentointiedellytykset franchisingkonseptille eivät täyty ainakaan helposti. Yksinomaan taloudellisia tarkoituksia palvelevat liiketoimintamallit eivät välttämättä täytä teknisyyden vaatimusta, eikä liiketoimintamenetelmä sellaisenaan ole

⁵⁸ Pappa Pizza -asiassa oli laajemminkin kyse sopimusriidasta. Golden Finland Oy oli ostanut franchisingketjun osana olevan ravintolan, ja se oli saanut kaupassa myyjältä tietyin ehdoin ja rajoituksin käyttöoikeuden Pappa Pizza -nimeen markkinointiaan varten. Kyseisessä sopimuksessa, jonka osapuolena Pappa Pizza -aputoiminimen haltija Altur Oy ei puolestaan ollut, ei luovutettu Altur Oy:n suojattua nimeä tai verkkotunnuksia. Tästä huolimatta riitaa aiheutui Pappa Pizza -tunnuksien omistajuudesta.

⁵⁹ Ks. tarkemmin Syrjä 2016, s. 52–74 sekä Paukku 2012, s. 171–172 analyysistä immateriaalioikeudellisten yksinoikeuksien muodostamasta suojasta palvelukonseptille sellaisenaan. Molemmat katsovat, ettei immateriaalinen yksinoikeussuoja sovellu palvelukonseptiin silloin, kun sitä tarkastellaan sellaisenaan liiketoimintamallina. Paukku rajaa suojamuodoista pois tekijänoikeuden, mallioikeuden ja tavaramerkkioikeuden.
⁶⁰ Ks. Syrjä 2016, s. 64–66 ja 241. Oikeuskirjallisuudessa on pidetty yhtenä vaihtoehtona, että palvelukonsepti saisi analogiamerkityksessä suojaa tekijänoikeudellisen tv-ohjelmaformaatin suojan kautta. Palvelukonsepti kokonaisuutena eroaa nähdäkseni kuitenkin merkittävästi tv-ohjelmaformaattista. Näkemyksen tueksi voidaan vedota lausuntoon TN 2010:14, jonka mukaan liiketoimintamalli kokonaisuutena ei saa suojaa tekijänoikeuden perusteella. Näin ollen tulee pidättäytyä kannassa, ettei palvelukonseptia saati sitten franchisingkonseptia ole mahdollista suojata tekijänoikeudella.

⁶¹ Ks. liiketoimintamallien patentoinnissa Yhdysvalloissa tarkemmin Tillack – Ashton 2008, s. 123–124 sekä Mullin – Wu 2016, s. 636–637.

patentoitavissa.⁶² Liiketoimintamallin patentoimiseen liittyisi myös eräitä haittoja. Ongelmana liiketoimintamallin patentoimisessa olisi ensinnäkin, että liiketoimintamalli tulee täysin julkiseksi ja patentin suoja-ajan kuluttua umpeen kaikki voivat vapaasti käyttää hyödyksi liiketoimintamallia. Patentin 20-vuotinen suoja-aika on myös kovin lyhyt verrattuna esimerkiksi liikesalaisuuksien suojaan, jonka voimassaoloaika voi olla periaatteessa ikuinen edellyttäen, että tieto pysyy salassa ja muut tunnusmerkit täyttyvät. Lisäksi patentoiminen on kallista verrattuna liikesalaisuussuojaan, joka ei vaadi rekisteröintimaksujen suorittamista.⁶³ Yksi ongelma on myös, että kilpailija voisi patentoida itselleen kehitetyn version liiketoimintamallista.⁶⁴ Sen sijaan suurin etu liiketoimintamallin patentoimisesta olisi se, että patentti vahvistaa kieltotuomion perusteita ja patentinloukkaus johtaa vähintäänkin kohtuullisen lisenssimaksun suuruiseen vahingonkorvausvelvollisuuteen, jos franchisingottaja jatkaisi liiketoimintamenetelmän käyttöä ilman lupaa franchisingosuhteen päättymisen jälkeen.⁶⁵ Kaiken kaikkiaan franchisingkonseptin suojaaminen sellaisenaan patenttioikeudella ei olisi edes välttämättä tavoiteltavaa. Franchisingkonseptin suojaamista sellaisenaan kokonaisuutena tarkastellaan lähemmin seuraavissa kappaleissa 3.3 ja 3.4. Seuraavaksi on esitetty vielä muutama huomio franchisingkonseptiin kuuluvien yksittäisten elementtien suojaamista yksinoikeuksilla.

3.2.2 Tavaramerkki tärkeimpänä suojamuotona

Vahva tavaramerkki ja siihen liittyvä goodwill-arvo ovat franchisingkonseptin keskeisimpiä kilpailutekijöitä, ja niiden suojaamista ja puolustamista voidaan pitää yhtenä franchisingantajan merkittävimmistä velvollisuuksista.⁶⁶ Tavaramerkkien tarkoituksena on kuvata tavarat tai palvelun alkuperää, ja siten erottaa franchisingketjun tavarat ja palvelut muiden elinkeinonharjoittajien vastaavista tuotteista.⁶⁷ Franchisingkonseptiin sisältyy tavallisesti useita tavaramerkkejä, josta tärkeimpänä pidetään ketjun yritystunnusta sekä heikoimpina yksittäisten

⁶² Ks. Oesch ym. 2014, s. 94 sekä Syrjä 2016, s. 60 ja 243. Suomessa tietokonepohjainen liiketoimintamenetelmä on mahdollista patentoida, mutta franchisingkonseptia ei voida katsoa tällaiseksi. Vrt. Mullin – Wu 2016, s. 636–637. Yhdysvalloissa viimeaikaisen oikeuskäytännön perusteella liiketoimintamenetelmät ovat patentoitavissa vain prosesseina, mikä on vähentänyt patentoimishakemusten määrää merkittävästi.

⁶³ Ks. liikesalaisuuksien suojasta tarkemmin tutkielman kappale 3.3. Vrt. Laakso 2005 s. 195. Laakson mielestä nykyiset suojausmenetelmät ja niiden kehitystarpeet on kartoitettava yrityskohtaisesti kustannus–hyöty-analyysin perusteella.

⁶⁴ Tillack – Ashton 2008, s. 123–124. Heidän mukaan riskiin voitaisiin varautua franchisingottajan osalta franchisingosimukseen otettavalla lausekkeella kaikkien kehitystulosten kuulumisesta franchisingantajalle.

⁶⁵ Oesch ym. 2014, s. 318–319 sekä Tillack – Ashton 2008, s. 124.

⁶⁶ Laakso 2005, s. 61, Nieminen 1995, s. 107 sekä Sohlberg 1993, s. 37. Ks. myös Bernitz ym. 2017, s. 345.

⁶⁷ Ks. tarkemmin tavaramerkin funktioista Salmi ym. 2008, s. 50–59.

tuotevalikoimaan kuuluvien tuotteiden tavaramerkkejä.⁶⁸ Tavaramerkkisuojan suuren painoarvon vuoksi vähintäänkin franchisingketjun nimi ja logo tulisi aina nimenomaan suojata tavaramerkkirekisteröimällä, vaikka tavaramerkki onkin mahdollista saada myös vakiinnuttamalla. Vakiintuneeseen tavaramerkkiin liittyy aina riski todistelukynnyksestä, sillä merkin vakiintuneisuus tulisi pystyä osoittamaan markkinatutkimuksilla.⁶⁹

Suomessa tavaramerkki voi olla muun muassa sana, kuvio, iskulause, äänimerkki ja kolmiulotteinen merkki.⁷⁰ Sen sijaan Yhdysvalloissa tavaramerkkioikeus voi suojata tuotteen tai palvelun kokonaiskuvaa (*trade dress*), ja siihen sisältyviä erottamiskykyisiä ja ei-toiminnallisia elementtejä. Näitä voivat olla muun muassa koko, muoto, väri, rakenne ja grafiikka. Mullinin ja Wun mukaan suojaa ovat saaneet esimerkiksi McDonald'sin ravintolarakennuksen m-kirjaimen muodostavat kultaiset kaaret sekä franchisingketjun siivouspakettiauton väri.⁷¹ Eurooppalainen tavaramerkkisuoja on lähentynyt yhdysvaltalaisesta tavaramerkkisuojaan ainakin siinä mielessä, että tavaramerkkisuoja voi nykyään saada jopa erottamiskykyiselle myymälätilan sisustukselle. Euroopan unionin tuomioistuin linjasi tämän vuonna 2014 tapauksessa C-421/13 *Apple Store*, jossa rekisteröintiä oli haettu Apple Store -myymälän sisustukselle esittämällä liikkeen ulkoasu kolmiulotteisena piirustuksena.⁷² Suojan myöntämiskynnys on kuitenkin korkea, koska kuluttajat eivät ole tottuneet mieltämään myymälöiden ulkoasuja tavaramerkkeinä ja sisustuksen voidaan olettaa olevan erottamiskykyinen vain, jos esitetty ulkoasu poikkeaa merkittävästi alan käytännöistä ja täyttää siten tehtävänsä osoittaa kaupallinen alkuperä. Näin ollen Euroopan unionin teollisoikeuksien virasto onkin hylännyt muita Apple-tapauksen jälkeen haettuja rekisteröintejä,⁷³ eikä suojan saaminen franchisingketjun yhtenäiselle sisustukselle ole varmaa. Suomessa liiketilan sisustukselle ei ole haettu tavaramerkkisuoja vielä kertaakaan.

⁶⁸ Ks. lähemmin Mattila ym. 1998, s. 185.

⁶⁹ Ks. myös Lautjärvi – Tommila 1988, s. 52 sekä s. 54. Tommilan mukaan ”[h]eikot tunnuksot, erityisesti ennen kuin ne pitkän käytön jälkeen ovat vakiintuneet, ovat alttiita jäljittelylle ja saattavat tuoda mukanaan oikeudellisia ongelmia ja niihin liittyä kustannuksia, joskus jopa koko tunnuksen vesittymisen ajan yleisnimeksi.”

⁷⁰ Salmi ym. 2008, s. 119–139.

⁷¹ Ks. Mullin – Wu 2016, s. 624–633. Mullinin ja Wun mukaan jopa tietyt markkinointiteemat ja myyntitekniikat voivat saada suojaa, mikäli ne liittyvät suoraan tuotteeseen tai palveluun ja menettely on omiaan aiheuttamaan sekaannusvaaraa kuluttajien keskuudessa.

⁷² Ks. asia C-421/13 *Apple Store*, kohta 19 ja 27.

⁷³ Ks. tarkemmin Marzano – Romanoff 2020.

3.2.3 Muut keskeiset immateriaalioikeudet franchisingkonseptin suojaamiseksi

Tavaramerkkioikeuden ohella toinen franchisingkonseptiin kuuluva keskeinen immateriaalioikeus on ketjun toiminimi, jonka tarkoituksena on yksilöidä tietty yritys, eli tässä tapauksessa franchisingantaja. Toiminimen rekisteröiminen estää kilpailijaa käyttämästä samanlaista tai alkuperäiseen sekoitettavissa olevaa toiminimeä sekä franchisingantajan kanssa samalla toimialalla että myös muilla toimialoilla.⁷⁴ Toiminimeä voidaan käyttää myös tuotteita yksilöivänä tavaramerkkinä.⁷⁵

Franchisingsopimuksella luovutetaan joskus myös käyttöoikeuksia franchisingantajan verkkotunnuksiin, malleihin, patentteihin tai tekijänoikeuksiin, joiden käytöstä voi aiheutua riitaa sopimuksen päätyttyä. Tämä käy hyvin ilmi tapauksesta MAO:190/12, jossa kyse oli muun muassa siitä, että ketjun entinen franchisinggottaja jatkoi oikeudettomasti verkkotunnuksen keittiomaailma.com ja siihen perustuvien sähköpostiosoitteiden käyttöä franchisingsuhteen päättymisen jälkeen. Immateriaalioikeudellisen suojan tarve on kartoitettava huolellisesti ja erityisesti uuteen tuoteinnovaatioon perustuva liiketoimintamalli sekä siihen liittyvät teknologiat, tunnukset ja raaka-aineyhdistelmät tulee suojata kattavasti.⁷⁶ Tekijänoikeuden piirissä erityisesti franchisingketjun käsikirja täyttää yleensä tekijänoikeudellisen teoskynnyksen.⁷⁷ Sohlberg toteaa tekijänoikeuden olevan hyödyllinen silloin, kun kilpailija on liian suuresti ”inspiroitunut” käsikirjasta.⁷⁸ Tekijänoikeus estää käsikirjan luvattoman kopioinnin ja kopioiden jakamisen. Lisäksi yksittäistapauksessa tekijänoikeuden on voinut saada jopa toimitilojen sisustukselle kokoomateoksena.⁷⁹ Sisustus kokonaisuutena edellyttää kuitenkin tavallista suurempaa omaperäisyyttä, eikä franchisingkonseptiin sisältyvä yhtenäinen sisustus pääsääntöisesti ylitä teoskynnystä.⁸⁰

Tässä yhteydessä ei ole tarkoituksenmukaista paneutua syvälliseen immateriaalioikeudelliseen analyysiin, ja immateriaalioikeudellisia suojamuotoja onkin käsitelty laajasti

⁷⁴ Ks. toiminimilain (2.2.1979/128) 3 §. Toiminimen vakiinnuttamisella saadaan suojaa vain sillä alueella, jolla toiminimi on vakiintunut. Ks. myös toiminimilain 5 §:n 1 momentti, jonka mukaan sekoitettavuuteen vetoaminen edellyttää, että elinkeinonharjoittajat harjoittavat samankaltaista toimintaa.

⁷⁵ Castrén 2008, s. 7.

⁷⁶ Laakso 2005, s. 195.

⁷⁷ Esimerkiksi Mattila ym. 1998, s. 189.

⁷⁸ Sohlberg 1993, s. 71.

⁷⁹ TN 1995:18. Arkkitehti sai tekijänoikeussuojaa suunnittelemaansa ravintolan sisustukselle. Tekijänoikeusneuvoston mukaan ravintolan tilakokonaisuus muodostui värien, materiaalien, pintojen sekä uuden ja vanhan vastakkainasettelusta.

⁸⁰ Ks. sisustuksen immateriaalioikeussuojasta tarkemmin Savela 2009.

oikeuskirjallisuudessa.⁸¹ Kuitenkin immateriaalioikeuksiin on kiinnitetty tässä tutkielmassa huomiota, koska ne ovat merkittävästi olennainen osa franchisingkonseptia ja franchisingkonseptin yksittäisille elementeille annettavaa lakisääteistä jäljittelysuojaa. Immateriaalioikeudellisessa mielessä eräitä parhaita tapoja suojata franchisingkonseptia on kehittää huolellisesti erottamiskykyiset ja vahvat tunnusmerkit sekä huolehtia tarkasti kaikkien sellaisten konseptille keskeisten elementtien suojaamisesta, jotka ylipäättään on mahdollista suojata yksinoikeuksilla.⁸²

3.3 Liikesalaisuuslain suoja franchisingkonseptiin sisältyville liikesalaisuuksille

3.3.1 Liikesalaisuuden määritelmä suhteessa franchisingkonseptin tietoihin

Franchisingsuhteessa franchisingottajalle luovutetaan kokonainen franchisingkonsepti, johon sisältyy immateriaalioikeuksien lisäksi myös franchisingantajan know how ja liikesalaisuuksia. Elinkeinotoimintaan liittyviä salaisia tietoja suojataan liikesalaisuuslailla (10.8.2018/595), jossa on säädetty liikesalaisuuden määritelmästä, liikesalaisuuden oikeudettomista käyttötavoista sekä siviilioikeudellisista suojakeinoista.⁸³ Lain 2 §:n mukaan liikesalaisuudella tarkoitetaan tietoa, a) joka ei ole yleisesti tunnettua tai helposti saatavilla, b) jolla on taloudellista arvoa ja c) jonka laillinen haltija on ryhtynyt kohtuullisiin toimenpiteisiin sen suojaamiseksi.⁸⁴ Kyseessä oleva määritelmä on sopimusvapautta rajoittavaa pakottavaa oikeutta, mutta se ei estä ottamasta franchisingsopimukseen tätä laajempaa luottamuksellisen tiedon määritelmää. Lain esitöiden mukaan liikesalaisuuksia voivat olla esimerkiksi liikeideat, know how, hinnoittelutiedot, talousennusteet, asiakasrekisterit sekä yritysten hallinnollis-organisatoriset tiedot.⁸⁵ Liikesalaisuus voi olla myös tieto jonkin valmistusmenetelmän

⁸¹ Ks. esimerkiksi Haarmann 2014, Salmi ym. 2008, Pihlajarinne 2010 sekä Castrén 2008.

⁸² Ks. myös Lautjärvi – Tommila 1988, s. 52. Heidän mukaansa riskinä on, että jos ”franchising-suhteen perustana olevat oikeudet ovat vailla erottamiskykyä ja/tai heikosti suojattuja on olemassa vaara, että franchising-ottaja sopimussuhteen päätyttyä jatkaa samojen tai samankaltaisten tunnusten käyttöä franchising-antajan voimatta tätä estää.”

⁸³ Yrityssalaisuuksien rikosoikeudellisista oikeussuojakeinoista säädetään sen sijaan rikoslain (19.12.1889/39) 30 luvun 4–6 §:ssä. Liikesalaisuuslailla on kansallisesti täytäntöönpantu EU:n liikesalaisuusdirektiivi (EU) 2016/943. Liikesalaisuussuoja täydentää liikesalaisuuslain 7 §:n kieltö käyttää tai ilmaista oikeudettomasti teknistä ohjetta. Teknisen ohjeen suoja on hieman laajempi kuin liikesalaisuuden. Siihen ei kuitenkaan syvennyt tarkemmin tässä yhteydessä.

⁸⁴ Liikesalaisuuslakiin otettu liikesalaisuuden määritelmä selkeyttää aikaisempaa oikeustilaa, jolloin eri laeissa käytettiin erilaisia käsitteitä, kuten liike- ja ammatissalaisuus, liikesalaisuus ja yrityssalaisuus. Lain esitöiden mukaan tarkoituksena on ollut pitää määritelmän sisältö samanlaisena, mutta selkeyttää termin nimeä. Ks. HE 49/2018, s. 82. Ks. myös liikesalaisuuden käsitteestä Castrén 1973, s. 48–54.

⁸⁵ HE 49/2018, s. 11 ja 84. Ks. Myös Vapaavuori 2019, s. 60–62.

toimimattomuudesta taikka yhtiön heikosta taloudellisesta tilanteesta.⁸⁶ Franchisingkonseptia sellaisenaan ei voida katsoa liikesalaisuudeksi, sillä konseptiin sisältyy tietoa, joka ei täytä liikesalaisuuden kriteerejä, sekä myös muita elementtejä kuin tietoa, kuten franchisingketjun liiketunnuksia.⁸⁷ Sen sijaan franchisingkonseptiin sisältyviä tietoja voidaan suojata liikesalaisuutena, jos tiedot täyttävät liikesalaisuuslain 2 §:n määritelmän. Oikeuskirjallisuudessa liikesalaisuutena pidetään yleensä tietoja franchisingjärjestelmästä, sen tuloksista sekä tietoja franchisingyrittäjästä ja hänen yrityksestään.⁸⁸ Kuvaus on kuitenkin melko laaja, ja myös erityisesti franchisingkonseptiin sisältyvän know how'n merkitystä on tarkasteltava tarkemmin.

Edellä mainitun liikesalaisuuslain 2 §:n tunnusmerkkeinä voidaan pitää tiedon a) salaisuutta, b) taloudellista arvoa eli salassapitointressiä sekä c) tosiasiallista salassapitoa.⁸⁹ Lainkohta on väljäsanainen, joten se vaatii tulkintaa ja tapauskohtaista arviointia. Todettakoon, että laissa ei ole rajoitettu enimmäispituutta liikesalaisuussuojalle, vaan tieto pysyy liikesalaisuutena niin kauan, kun tieto pysyy salaisena ja muutkin tunnusmerkit täyttyvät.⁹⁰ Näin ollen suoja sitoo myös ketjusta irtaantunutta franchisingottajaa, joka on saanut tietoonsa liikesalaisuuksia franchising-suhteen aikana. Seuraavaksi tarkastellaan lain tunnusmerkkejä tarkemmin franchisingtoimintaan liittyvän tiedon osalta.

3.3.1.1 TIEDON SALAISUUS

Liikesalaisuuslain 2 §:n ensimmäisen alakohdan mukaan liikesalaisuudeksi ei katsota tietoa, joka on *kokonaisuutena tai osiensa täsmällisenä kokoonpanona ja yhdistelmänä tällaisia tietoja tavanomaisesti käsitteleville henkilöille yleisesti tunnettua tai helposti selville saatavissa*. Lain edellytyksenä on täten, että tiedot ovat salaisia eli toisin sanoen rajoitetun henkilöpiirin saatavissa. Liikesalaisuus voi olla yksittäisten tietojen yhdistelmä, kuten suuri tietojen tallennemäärä kokonaisuutena, vaikka yksittäiset tiedot olisivatkin julkisia.⁹¹ Tämän perusteella franchising-sopimuksella luovutettava know how'n kokonaisuus voisi mahdollisesti tulla suojatuksi liikesalaisuutena tietojen kokonaisuutena ja yhdistelmänä, vaikka osa tiedoista olisikin yleisluontoisia. Lain esitöiden mukaan know how'lla tarkoitetaan yrityskokemuksia,

⁸⁶ HE 49/2018, s. 11, 22 ja 84.

⁸⁷ Myös Mullin – Wu 2016, s. 638.

⁸⁸ Sohlberg 1993, s. 71–72 sekä Ämmälä 1994, s. 13.

⁸⁹ Vapaavuori 2019, s. 67 ja 69.

⁹⁰ Vapaavuori 2019, s. 68.

⁹¹ HE 49/2018, s. 84. Ks. myös Vapaavuori 2019, s. 77 ja 135–138. Vapaavuori onkin todennut, että kokonaisuuden arvo on arvokkaampi kuin osien summa.

joista useimpia voidaan luonnehtia kokemukseen perustavaksi tiedoksi käyttää tietoa hyväksi. Know how'n määritelmä on osittain päällekkäinen liikesalaisuuden kanssa, mutta laajassa merkityksessä know how'lla tarkoitetaan kaikkia tietoja ja kokemuksia, joita tarvitaan tietyn elinkeinon harjoittamiseksi.⁹² SFY:n eettisissä säännöissä know how määritellään franchisingantajan testaamaksi ja kokemuksensa perusteella kehittämäksi käytännön tietokokonaisuudeksi, joka on luottamuksellista, oleellista, tunnistettavaa ja patentoimatonta.⁹³ Castrén on katsonut, että know how'n kokonaisuus voi olla liikesalaisuus, kunhan know how'hun sisältyvien elementtien yhdistelmä on riittävän salainen.⁹⁴ Know how voi olla myös ei-salaista, joka voi silti olla franchisingantajalle arvokasta ja lisensoitavissa. Franchisingsopimuksella luovutetaankin franchisingottajalle liikesalaisuuksien ohella myös ei-salainen know how valmiina kokonaisuutena, mikä säästää franchisingottajan aikaa ja kustannuksia.⁹⁵ Niemisen mukaan suuri osa franchisingottajalle siirrettävästä know how'sta on toimialalla yleisesti tunnettuja ja menestyksellisiä liiketoimintaperiaatteita. Hänen mukaansa franchisingkonseptiin kuuluu myös luottamuksellisena pidettävää erityistä know how'ta, joka sisältää esimerkiksi toimivan organisaatorakenteen, liiketoimintamenetelmien sovellutuksia, toimintaohjeita, liiketoimintaperiaatteita, perehdyttämisen salaisiin menetelmiin sekä kaavoja.⁹⁶ Tommila on sen sijaan arvioinut päinvastaisesti, että franchisingtoimintaan liittyvä sisäinen tietous on usein kirjallisesti käsikirjoissa nähtävillä, eikä tällaisia laajan henkilöpiirin tuntemia tietoja voida pitää liikesalaisuuksina.⁹⁷ Edellä esitetyn perusteella on siis tulkinnanvaraista, kuinka suuri osa franchisingkonseptin sisältämästä know how'sta on suojattavissa liikesalaisuutena, jos valtaosa tiedoista on julkisia tai jokseenkin suuren henkilöpiirin tiedossa. Franchisingkonseptin sisältämän know how'n kokonaisuuden luokittelemista liikesalaisuudeksi perustelisi se, että know how on tarkasti dokumentoitu franchisingketjun käsikirjaksi, jonka salassapitoa varjellaan tarkasti sekä salassapitolausekkein

⁹² Ks. HE 114/1978, s. 14 ja HE 49/2018, s. 83. Ks. myös Nieminen 1995, s. 108.

⁹³ SFY:n eettiset säännöt kohta 1. Sääntöjen mukaan luottamuksellisuudella tarkoitetaan, että tieto ei ole yleisesti tunnettua tai helposti saatavilla. Oleellisuus puolestaan viittaa siihen, että tieto on ostajalle tärkeää ja käyttökelpoista tuotteiden tai palveluiden käytössä tai myynnissä. Tunnistettavuudella tarkoitetaan, että tieto on kuvattu riittävän tarkasti, jotta sen on mahdollista täyttää kaksi edellä mainittua vaatimusta. Patentoimattomuuden osalta on todettava, että taloudelliset liikesalaisuudet eivät ole patentoitavissa. Franchisingsopimuksella luovutettu know how voi sisältää myös teknisiä liikesalaisuuksia, jotka puolestaan ovat patentoitavissa.

⁹⁴ Castrén 1973, s. 51.

⁹⁵ Vapaavuori 2019, s. 95.

⁹⁶ Nieminen 1995, s. 108. Nieminen ei kuitenkaan nimenomaisesti puhu liikesalaisuuksista, joten ei ole varmaa viitataanko "luottamuksellisuudella" vain sopimusperusteisella salassapitovelvoitteella suojattuun tietoon. Luottamuksellisella tiedolla tarkoitetaan oikeuskirjallisuudessa toisinaan muutakin kuin pelkästään lakisääteisiä liikesalaisuuksia.

⁹⁷ Ks. Lautjärvi – Tommila 1988, s. 58.

että rajoittamalla kolmansien osapuolten pääsyä käsikirjaan. Näin ollen katsottakoon, että ainakin käsikirjan muodossa olevan know how'n kokonaisuuden tulisi täyttää liikesalaisuuslain määritelmä.

Liikesalaisuuslain 2 §:n ensimmäisen alakohdan sanamuoto aiheuttaa myös hankalan rajanveto-ongelman liikesalaisuuden sekä ammattitaidon ja kokemuksen välille. Lain esitöiden mukaan liikesalaisuuden määritelmän ulkopuolelle jäävät alan yleiseen koulutukseen sisältyvä tieto sekä sellainen yleinen kokemus ja taito, jotka henkilöt ovat hankkineet osana tavanomaista työskentelyään.⁹⁸ Esitöissä on otettu kantaa rajanveto-ongelmaan: tieto katsotaan todennäköisemmin liikesalaisuudeksi kuin ammattitaidoksi, jos tieto on yksityiskohtaista, kirjallista tai tallenteella eli muuta kuin muistinvaraista sekä vain yhden tai harvan yrityksen tiedossa.⁹⁹ Franchisingkonseptiin sisältyvä luottamuksellinen tieto ja know how on usein kirjallista ja taltioitu yksityiskohtaisiksi ohjeiksi franchisingketjun käsikirjaan. Tieto on kuitenkin luovutettu useiden franchisingottajien haltuun, mikä voi olla este tiedon katsomiseksi liikesalaisuudeksi. On kuitenkin katsottavissa, että ainakin ketjun franchisingottajat muodostavat rajatun henkilöpiirin, koska heitä sitovat laajat salassapitomääräykset ja heillä on yhteinen salassapitointressi ketjun menestyksen turvaamiseksi. Kyseenalaisempi on tilanne, jossa salassa pidettävää tietoa on annettu myös tarpeen mukaan franchisingottajien palkkaamien työntekijöiden haltuun, vaikka heitä sitoisivatkin salassapitosopimukset. Franchisingantajan vastuulla on pitää huolta siitä, ettei liikesalaisuuksista tietoisien henkilöpiirin koko kasva tarpeettomasti. Toisaalta osa franchisingottajan ketjun toiminnan aikana oppimasta tiedosta on muistinvaraista ja perustuu franchisingottajan omaan kokemukseen toimiessaan osana ketjua. Onkin ongelmallista, miten laajasti entistä franchisingottajaa voidaan kieltää käyttämästä tällaisia tietoja ja taitoja uudessa liiketoiminnassa franchising-suhteen päättymisen jälkeen. Tähän pohdintaan palataan tarkemmin jäljempänä kappaleessa 4.4.1.

3.3.1.2 TIEDON TALOUDELLINEN ARVO

Liikesalaisuuslain 2 §:n toisen alakohdan mukaan tiedolta edellytetään taloudellista arvoa. Lain esitöiden mukaan vähäpätöisiä tai vanhentuneita tietoja ei katsota liikesalaisuuksiksi, koska niillä ei yleensä ole taloudellista arvoa. Yleisimmin taloudellinen arvo näkyy siten, että

⁹⁸ HE 49/2018, s. 83. Ks. myös s. 13

⁹⁹ HE 49/2018, s. 83.

liikesalaisuuden haltija saa tiedon salassapidosta kilpailuetuja taikka tiedon luvaton hankkiminen, käyttäminen tai ilmaiseminen on omiaan heikentämään tiedonhaltijan kilpailuasemaa tai aiheuttamaan tälle vahinkoa. Lisäksi esitöiden mukaan riittävänä pidetään, että tiedon taloudellinen arvo on mahdollista.¹⁰⁰ Tämä osoittaa vaatimuksen olevan suhteellisen alhainen ja helposti täytettävissä. Franchisingkonseptiin voidaan katsoa sisältyvän vähäpätöisistä tiedoista liikesalaisuuksiksi luokiteltaviin tietoihin. Esimerkiksi franchisingketjun liikeidea koostuu useista yksittäisistä yksityiskohdista, jotka ovat kuitenkin huolellisesti suunniteltuja, testattuja ja dokumentoituja.¹⁰¹ Franchisingkonseptin kehittäminen, yrityskokemusten kartuttaminen ja know how'n konseptointi on vienyt franchisingantajalta aikaa ja rahaa, jolloin know how'lla voitaneen katsoa olevan taloudellista arvoa.¹⁰² Franchisingkonseptiin sisältyvät liikesalaisuudet ja know how ovat myös yksi vastiketta vastaan luovutettavista franchisingkonseptin elementeistä. Vaikka franchisingkonsepti olisikin pitkäikäinen, ei konseptiin sisältyvää tietoa voida katsoa vanhentuneeksi, vaan päinvastoin pitkän kehitystyön tulokseksi.¹⁰³ Taloudellisen arvon vaatimus täyttynee franchisingkonseptiin sisältyvien tietojen osalta siis melko helposti.

3.3.1.3 TIEDON TOSIASIALLINEN SALASSAPITO

Liikesalaisuuslain 2 §:n kolmannen alakohdan mukaan tiedon luokittelu liikesalaisuudeksi edellyttää myös, että franchisingantaja on ryhtynyt ”kohtuullisiin toimenpiteisiin” tiedon suojaamiseksi. Näin ollen franchisingantajalta voidaan edellyttää ensinnäkin tietoisuutta tiedon luottamuksellisuudesta sekä aktiivisia toimia salassapidon eteen. Tällaisia keinoja voivat olla esimerkiksi franchisingantajan käyttöön annettavien tietojärjestelmien ja fyysisten tilojen turvajärjestelyt, sähköisten dokumenttien suojaaminen salasanoilla, salassapitolausekkeet franchisingosimuksissa sekä ketjun yhteinen liikesalaisuuksien suojaamisohjelma.¹⁰⁴ Keskeistä on, ettei tietoa ole julkistettu tai ettei se ole

¹⁰⁰ HE 49/2018, s. 83–84. Ks. myös Vapaavuori 2019, s. 68, 79 sekä 81–82.

¹⁰¹ Mattila ym. 1998, s. 49.

¹⁰² Vrt. tapaus KKO 2013:17, jossa yrityssalaisuudeksi katsottiin moottorikelkkapuku, jonka suunnitteluun oli mennyt useita kuukausia ja jonka kaavoihin liittyneen taloudellisen intressin vuoksi asianomistaja oli katsonut ehdottoman salassapitointressin. Huomionarvoista oli, että taloudellinen panos liitettiin suoraan salassapitointressin täyttymiseen. Ks. myös Vapaavuori 2019, s. 83–84.

¹⁰³ Franchisingantajan yksi päävelvoitteista on jatkuvasti kehittää konseptia, jotta se pysyy kilpailukykyisenä. Samalla franchisingantaja suojaa liikesalaisuuksiaan estämällä tiedon vanhentumista.

¹⁰⁴ HE 49/2018, s. 85 sekä Nikkola 2019, s. 42. Hallituksen esityksen mukaan toimenpiteiden kohtuullisuus arvioidaan tapauskohtaisesti. Toimenpiteiden tarvittavaan laajuuteen vaikuttavat esimerkiksi tosiasialliset mahdollisuudet tehdä erilaisia toimenpiteitä sekä liikesalaisuuden haltijan erilaiset tarpeet tiedon salassa pitämiseksi. Sopimusteknisenä keinona voidaan pitää salassa pidettävän materiaalin merkitsemistä luottamukselliseksi, mutta se ei ole kuitenkaan edellytys liikesalaisuuslain mukaisen suojan saamiseksi.

yleisesti tunnettua.¹⁰⁵ Tämä voi edellyttää jopa sitä, että franchisingantaja kontrolloi ketjun jäsenten pääsyä liikesalaisuuksiin esimerkiksi antamalla franchisingottajalle vain valmis kastike tai taikina ketjun menestystuotteen valmistamiseksi tuotteen reseptin luovuttamisen sijasta. Useimmissa tapauksissa tosiasiallisen salassapidon vaatimus täyttynee franchisingosuhteessa kuitenkin melko helposti, koska franchisingosopimukseen sisällytetään säännönmukaisesti salassapitolauseke. On kuitenkin otettava huomioon, että vaatimuksen täyttymiseksi salassapidosta täytyy todennäköisesti sopia franchisingottajien lisäksi myös muiden ketjun työntekijöiden kanssa, jotka saattavat työssään käsitellä liikesalaisuuksia.¹⁰⁶ Yhteenvedona edellä käsitellyistä liikesalaisuuslain 2 §:n kolmesta soveltamisedellytyksestä voidaan todeta, että 2 §:n salaisuus-tunnusmerkki aiheuttanee eniten tulkintahaasteita franchisingkonseptiin sisältyvän tiedon määrittelemiseksi liikesalaisuudeksi.

3.3.2 Kielletyt liikesalaisuuden hankinta- ja käyttötavat

Liikesalaisuuslain 3 §:ssä on kielletty liikesalaisuuden oikeudeton hankkiminen ja hankkimisen yrittäminen, johon lukeutuvat muun muassa luvaton kopioiminen, jäljentäminen ja havainnoiminen.¹⁰⁷ Siten jo liikesalaisuuslaki estää franchisingottajaa esimerkiksi kopioimasta liikesalaisuutena pidettävää franchisingketjun käsikirjaa yhteistyön loputtua, vaikkakin käsikirjan kopioimiskielto kirjataan usein myös franchisingosopimukseen.¹⁰⁸ On kuitenkin huomattava, että liikesalaisuuslain 3 §:n 4 momentin mukaan liikesalaisuuden hankkiminen itsenäisesti keksimällä tai luomalla ei ole oikeudetonta. Liikesalaisuus ei ole yksinoikeus, vaan se voikin olla useamman yrityksen hallussa samaan aikaan.¹⁰⁹ Muun muassa käänteismallinnus on jätetty liikesalaisuuslain määritelmän ulkopuolelle. Käänteismallinnuksen on kohdistuttava sellaiseen tuotteeseen tai esineeseen, joka on asetettu yleisön saataville. Lähtökohtaisesti kolmas taho voikin sallitusti jäljitellä franchisingkonseptiin sisältyviä tuotteita käänteismallinnuksella, kuten yrittää arvata ravintolaketjun elintarvikkeen valmistusohjeen. Sallitulta käänteismallinnukselta edellytetään kuitenkin sitä, että tieto on helposti saatavilla

¹⁰⁵ Vapaavuori 2019, s. 68.

¹⁰⁶ Vrt. yhdysvaltalainen tapaus *Little Caesar Enterprises, Inc. v. Sioux Falls Pizza Co. Inc.*, CIV. 12-4111-KES (D.S.D. 2012). Tapauksessa tuomioistuimien katsoi, ettei franchisingantaja ollut tehnyt riittäviä toimenpiteitä konseptin salassa pitämiseksi, kun salassapitosopimukset oli laadittu vain franchisingottajien kanssa eikä franchisingantaja ollut vaatinut salassapitosopimusten laatimista franchisingottajan työntekijöiden kanssa.

¹⁰⁷ Oikeudeton liikesalaisuuden sisältävän asiakirjan jäljentäminen voidaan tuomita myös rikoslain 30 luvun 4 §:n mukaisesti yritysvakoiluna. Toisin kuin liikesalaisuuslaki, rikoslain mukainen yritysvakoilu edellyttää, että tekijän tarkoitus on ollut oikeudettomasti käyttää liikesalaisuutta tai ilmaista se kolmannelle.

¹⁰⁸ Vrt. SFY:n eettiset säännöt kohta 2.3.8 ja 2.2.6. Säännöissä ei kielletä franchisingottajaa kopioimasta tietoja, vaan vain ilmaisemasta know how'ta ja muita liiketoimintaa koskevia tietoja kolmansille osapuolille.

¹⁰⁹ HE 49/2018, s. 59 ja 83.

käänteismallinnuksella. Mitä enemmän vaivaa ja aikaa käänteismallinnukseen kuluu, sitä epätodennäköisempää on, että käänteismallinnusta pidetään sallittuna.

Toiseksi liikesalaisuuslain 4 §:n mukaan liikesalaisuuden oikeudeton käyttäminen ja ilmaiseminen on kiellettyä.¹¹⁰ Liikesalaisuuden käytöllä tarkoitetaan liikesalaisuuden hyödyntämistä paitsi omaksi mutta myös toisen eduksi.¹¹¹ Lain esitöiden mukaan liikesalaisuuden ”oikeudeton” käyttö puolestaan korostaa sitä, että liikesalaisuuden haltija voi sopimusvapauden rajoissa sopia liikesalaisuutensa käyttämisestä säännöksestä huolimatta.¹¹² Näin ollen franchisingsopimuksessa voidaan tarkemmin määrittää, mikä on tiedon sallittua eli oikeutettua ja mikä kiellettyä käyttöä. Liikesalaisuuslain 4 §:n 1 ja 4 momentin nojalla käyttö- ja ilmaisukielto voidaan kohdistaa esimerkiksi kilpailijaan tai muuhun franchisingsuhteen ulkopuoliseen tahoon, joka on oikeudettomasti saanut haltuunsa franchisingantajan liikesalaisuuden. Toisaalta liikesalaisuuslain 4 §:n 2 momentin 3 alakohdan nojalla käyttö- ja ilmaisukielto kohdistuu muun muassa siihen, joka on saanut tiedon liikesalaisuudesta luottamuksellisessa liikesuhteessa. Yksi liikesalaisuuslain merkittävimmistä uudistuksista onkin, että liikesalaisuuden suoja on laajennettu koskemaan ”luottamuksellisia liikesuhteita”.¹¹³ Käsite kattaa laajasti erilaiset yritysten väliset yhteistoimintamallit, jollaiseksi franchisingsuhde lukeutuu.¹¹⁴ Jo pelkkä franchisingsuhteen olemassaolo tuo franchisingantajan liikesalaisuudet lain suojan piiriin ja velvoittaa luottamuksellisessa liikesuhteessa olevaa franchisingottajaa. Franchisingantajan ei kuitenkaan tule luottaa vain franchisingsuhteesta johtuvaan suojaan, vaan jopa liikesalaisuuslain esitöissä korostetaan sellaisen salassapitovelvoitteen ottamista sopimukseen, joka ei rajoittuisi liikesuhteen keston.¹¹⁵ Luottamuksellisten liikesuhteiden lisäksi 4 §:n 2 momentin 4 alakohdan mukaan käyttö- ja ilmaisukielto velvoittaa myös sitä, johon kohdistuu liikesalaisuuden käyttämistä tai ilmaisemista rajoittava sopimus tai velvoite. Mielenkiintoista on, että säännös myös sitoo yhteen lakiperusteisen ja sopimusperusteisen suojan. Esitöiden mukaan sopimusvelvoitteen mahdolliset asialliset tai ajalliset rajoitukset

¹¹⁰ Vrt. SFY:n eettiset säännöt kohta 2.3.8. Eettisissä säännöissä on myös asetettu franchisingottajalle erikseen velvoite pidättäytyä know how’n ja muun franchisingliiketoimintaa koskevan tiedon ilmaisemisesta kolmansille osapuolille sopimuksen ollessa voimassa ja voimassaolon päätyttyä. Määräys ei koske kuitenkaan liikesalaisuuksia.

¹¹¹ Vapaavuori 2019, s. 228.

¹¹² Ks. HE 49/2018, s. 88.

¹¹³ Aikaisemmin luottamuksellinen liikesuhde sellaisenaan ei synnyttänyt liikesalaisuuden salassapitovelvollisuutta, vaan asiasta piti sopia erikseen. Myös Vapaavuori 2019, s. 235, jonka mukaan lainuudistus hyödyttää erityisesti pien- ja keskisuuria yrityksiä, joilla ei välttämättä ole yhtä johdonmukaista sopimushallintaa liikesalaisuuksiensa suojaamiseksi.

¹¹⁴ Ks. HE 49/2018, s. 60 ja 89 ja Laakso 1998, s. 22 ja 30.

¹¹⁵ HE 49/2018, s. 89.

nimittäin supistavat myös liikesalaisuuslain tarjoamaa suojaa.¹¹⁶ Todettakoon, että franchisingantaja voi kohdistaa liikesalaisuuksien käyttö- ja ilmaisukiellon franchisingottajaan samanaikaisesti sekä luottamuksellisen liikesuhteen että sopimusvelvoitteen perusteella.¹¹⁷

Liikesalaisuuslain 4 §:n 5 momentissa kielletään liikesalaisuutta loukkaavien tuotteiden tuotanto, tarjoaminen ja saattaminen markkinoille sekä liikesalaisuutta loukkaavien tuotteiden tuonti, vienti ja varastointi tällaisia tarkoituksia varten.¹¹⁸ Liikesalaisuutta loukkaavalla tuotteella viitataan lain 2 §:n mukaan sekä tavaraan että palveluun, jonka suunnittelussa, ominaisuuksissa tai käytössä saadaan merkittävää hyötyä liikesalaisuudesta. Lain esitöissä ei täsmennetä, mitä palvelutuotteella tarkoitetaan.¹¹⁹ Jos palveluun perustuva franchisingkonsepti hahmotettaisiin palvelutuotteena, säännöksen perusteella voitaisiin kieltää sellaisen franchisingkonseptin jäljitelmän käyttäminen liiketoiminnassa, jossa hyödynnettäisiin franchisingantajan liikesalaisuuksia. Franchisingpalvelukonsepti niin sanotusti saastuisi, jos esimerkiksi ketjusta irtaantunut franchisingottaja hyödyntäisi entisen franchisingantajansa liikesalaisuuksiksi katsottavia asiakasrekisteritietoja uudessa liiketoiminnassaan.¹²⁰ Joka tapauksessa säännöksellä voidaan puuttua tehokkaasti liikesalaisuuksia loukkaavan liiketoiminnan harjoittamiseen. Liikesalaisuuslain 8 §:n mukaan liikesalaisuutta loukkaava tuote voidaankin määrätä vedettäväksi pois markkinoilta, muutettavaksi tai hävitettäväksi.

Yhteenvedona liikesalaisuuslain suojasta voidaan todeta, ettei liikesalaisuuslailla pystytä täysin riskittömästi suojaamaan franchisingkonseptia jäljittelyltä ja siihen sisältyviä tietoja hyväksikäytöltä. Liikesalaisuudet ja know how'n kokonaisuus ovat arvokas osa franchisingkonseptia, joiden salassapidosta tulee huolehtia tarkoin. Kuten edellä on todettu, franchisingketjun käsikirjaksi koottu liikeidea ja know how tai ainakin jotkin käsikirjan osat täyttävät todennäköisesti liikesalaisuuden tunnusmerkit.¹²¹ Toisaalta haasteita aiheuttavat myös franchisingketjun laaja henkilöverkosto salaisuus-kriteerin kannalta sekä liikesalaisuuden ja ammattitaidon välinen rajanveto, joka saattaa osittain estää vetoamasta tiedon suojaan. Joka

¹¹⁶ Ks. HE 49/2018 s. 89. Jos esimerkiksi sopimuksessa on sovittu vain liikesalaisuuden ilmaisukiellosta, pahimmassa tapauksessa voi käydä niin, ettei lakiperusteiseen liikesalaisuuden käyttökieltoon voida vedota.

¹¹⁷ HE 49/2018 s. 89. Kohtien on todettu olevan toisiaan täydentäviä, ei toisiaan poissulkevia.

¹¹⁸ Vrt. samankaltainen rikoslain 30 luvun 5 §:n yrityssalaisuuden väärinkäyttö, jonkalaisena pidetään oikeuskäytännön mukaan liikesalaisuutta oikeudettomasti hyväksikäyttäen valmistettujen tuotteiden myymistä. Ks. esimerkiksi KKO 2013:17.

¹¹⁹ Ks. HE 49/2018, s. 85–86 ja 90–91. Liikesalaisuutta loukkaava tuote voi olla esimerkiksi tietokoneohjelma tai sitä koskeva tallenneväline. Ratkaisussa KKO 2013:17 loukkaavana tavarana pidettiin moottorikelkkapukua.

¹²⁰ Ks. HE 49/2018, s. 85–86. Ks. myös Vapaavuori 2019, s. 253.

¹²¹ Myös Tillack – Ashton 2008, s. 123.

tapauksessa lainsäädännölliseen suojaan liittyvää tulkintariskiä voidaan pienentää sopimusperusteisesti määrittelemällä tarkasti franchisingkonseptiin sisältyvä luottamuksellinen tieto ja sen sallitut käyttötavat franchisingsopimuksen salassapitolausekkeissa. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö liikesalaisuuslain suojaa kannattaisi myös hyödyntää. Liikesalaisuuslain suojan hyödyllisyyttä puoltavat lain 8–11 §:n tarjoamat kattavat ja tehokkaat oikeussuojakeinot, kuten kielto, käyttökorvaus ja vahingonkorvaus. Liikesalaisuuslaki myös estää liikesalaisuudeksi katsottavan tiedon saanutta tahoa ilmaisemasta tietoa kolmannelle tai hyödyntämästä tietoa itse. Tämä voi tarjota välillistä suojaa franchisingkonseptin jäljittelyltä, sillä kilpailevan franchisingkonseptin perustaminen olisi varmasti menestyksekkäämpää kilpailuetua tuovien liikesalaisuuksien avulla.

3.4 Sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain suoja franchisingkonseptille

3.4.1 SopMenL:n 1 §:n yleislauseke sopimatonta jäljittelyä vastaan

Sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annettu laki (22.12.1978/1061) ja sen 1 §:n 1 momentin yleislauseke tarjoaa suojaa kolmannen hyvän tavan vastaista tai muutoin sopimatonta jäljittelyä vastaan. Yleislausekkeen mukaan elinkeinotoiminnassa ei saa käyttää hyvän liiketavan vastaista tai muutoin toisen elinkeinonharjoittajan kannalta sopimatonta menettelyä.¹²² Yleislauseke voikin eräissä tapauksissa tarjota täydentävää suojaa franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan immateriaalioikeudellisen suojan ulkopuolisissa tilanteissa.¹²³

¹²² Yleislausekkeen sisältönä on oikeus kieltää toista elinkeinonharjoittajaa toistamasta tai jatkamasta sopimatonta menettelyä. Yleislausekkeen perusteella saatava suoja ei siten ole yksinomainen kielto-oikeus, koska elinkeinonharjoittajalla ei ole yleislausekkeen perusteella oikeutta kieltää toista elinkeinonharjoittajaa valmistamasta ja käyttämästä jäljitellyn palvelukonseptin avulla valmistettua palveluhyödykettä. Ks. Syrjä 2016, s. 93.

¹²³ Lautjärvi – Tommila 1988, s. 51, Syrjä 2016, s. 55 sekä Bernitz ym. 2017, s. 357. Ks. myös Syrjä s. 41–94. Syrjä on erinomaisen perusteellisesti analysoinut SopMenL:n yleislausekkeen suojan asemaa ja suhdetta immateriaalioikeudelliseen yksinoikeussuojaan. SopMenL katsotaan sisältyvän immateriaalioikeuteen laajassa merkityksessä, mutta sen soveltaminen on toissijaista yksinoikeuslakeihin nähden.

SopMenL 1 §:n yleislauseke on eräänlainen jäljittelytilanteiden kohtuullistamisnormi,¹²⁴ joka rajoittaa osapuolten sopimusvapautta ja ehkäisee opportunistista käyttäytymistä. Sen tarkoituksena on turvata toimiva kilpailu ja ehkäistä markkinahäiriöt ilman, että pyrkimyksenä olisi kuitenkaan luoda yksittäiselle elinkeinonharjoittajalle väliaikaista monopolioikeutta suojan kohteen hyödyntämiseen.¹²⁵ SopMenL:n yleislausekkeen soveltumisen arvioinnissa ei oteta huomioon pelkästään elinkeinonharjoittajien erilaisia intressejä, vaan kokonaisarvioinnissa on aina mukana myös yleinen etu.¹²⁶ Näin ollen kilpailunvapaudesta ja elinkeinovapaudesta johdettu lähtökohtana on, että yksinoikeudella suojaamattoman tuotteen tai palvelun jäljittely on lähtökohtaisesti sallittua.¹²⁷ Hakulisen mukaan ”elinkeinonharjoittaja ei periaatteellisesti voi estää toista käyttämästä hyväkseen hänen työnsä, kokemustensa ja lahjakkuutensa tuloksia ottamalla ne esikuviksi omassa liiketoiminnassaan.”¹²⁸ Tietynasteista mallin ottamista muiden ideoista on myös pidetty edellytyksenä uusien innovaatioiden syntymiselle.¹²⁹ Lähtökohtaisesti siis kuka tahansa voi alkaa jäljitellä toisen liiketoimintaa ja franchisingkonseptia.¹³⁰ Vain yksityiskohtainen ja suunnitelmallinen orjallinen jäljittely sekä toisen elinkeinonharjoittajan maineen norkkiminen on vakiintuneesti katsottu kielletyksi sopimattomaksi jäljittelyksi.¹³¹ Näihin jäljittelymuotoihin palataan tarkemmin jäljempänä.

Yleislausekkeen yleiset soveltamisedellytykset ovat jaoteltavissa neljään kriteeriin: 1) elinkeinotoimintakriteeri, 2) käyttökriteeri 3) hyvänliiketavanvastaisuus- tai sopimattomuuskriteeri sekä 4) menettelykriteeri.¹³² Elinkeinotoiminnan määritelmä on laaja, ja franchisingtoiminnan voidaan selvästi katsoa lukeutuvan sellaiseksi.¹³³ Käyttökriteeri

¹²⁴ Syrjä 2016, s. 161. Syrjä vertaa yleislauseketta oikeustoimilain 36 §:än, joka on sopimusoikeudellinen kohtuullistamisnormi. Lisäksi oikeuskirjallisuuden mukaan SopMenL:n tavoitteena on ollut, ettei toiselle elinkeinonharjoittajalle saa aiheuttaa kohtuutonta haittaa. Ks. Aaltonen 1985, s. 1 ja Määttä 2018, s. 10.

¹²⁵ Syrjä 2016, s. 257. Vrt. immateriaalioikeuslait, jotka takaavat haltijalle yksinoikeuden avulla laillisen monopolin.

¹²⁶ Syrjä 2016, s. 254.

¹²⁷ Syrjä 2016, s. 171. Ks. myös Aaltonen 1985, s. 38 ja 1–6, Haarmann 2014, s. 346 sekä Määttä 2018, s. 52. Vrt. myös vastaavasti Ruotsissa, Bernitz ym. 2017. Ks. myös HE 114/1978, s. 3 ja 9. Kilpailunvapaus on pääsääntö, mutta tehokas kilpailu edellyttää myös kilpailun olevan reilua.

¹²⁸ Hakulinen 1965, s. 267–268. Hakulisen mukaan kielto tulee perustaa yksinoikeusasemaan tai sen puuttuessa yleislausekkeeseen.

¹²⁹ TEM 2/2011, s. 41.

¹³⁰ Ks. Määttä 2018, s. 76.

¹³¹ Esimerkiksi Haarmann 2014, s. 432–438 ja Määttä 2018, s. 52. SopMenL:n esitöissä ei määritellä, minkälainen jäljittely katsotaan sopimattomaksi, joten tuomioistuinratkaisulla on keskeinen merkitys oikeustilan arvioinnissa.

¹³² Vrt. Syrjä 2016, s. 150. Syrjä erittelee myös hyvänliiketavanvastaisuuden ja sopimattomuuden toisistaan. Tämä erottelu ei ole tarkoituksenmukaista, koska käsitteiden välinen raja on häilyvä ja myös esitöiden mukaan ne ovat käytännössä vaikeasti erotettavissa. Ks. HE 14/1978, s. 11. Ks. yleisistä soveltamisedellytyksistä laajemmin Syrjä 2016, s. 150–176.

¹³³ Ks. HE 114/1978, s. 10. Elinkeinotoiminnalla tarkoitetaan laajasti ammattimaisesti harjoitettua ja taloudelliseen tulokseen tähtäävää toimintaa. Myös Määttä 2018, s. 13–19.

puolestaan täytyy, kun entinen franchisingottaja tai kolmas taho käyttää aktiivisesti sopimatonta menettelyä elinkeinotoiminnassa.¹³⁴ Toiminnan täytyy olla myös hyvän liiketavan vastaista tai muuten sopimatonta, ja menettelyn arviointi vaatii intressipunnintaa ja tapauskohtaista harkintaa.¹³⁵ Viimeiseksi menettelykriteeri viittaa toimintaan ja kaikenlaisiin menettelyihin elinkeinotoiminnassa, eli tässä tapauksessa myös jäljittelyyn. Yleislausekkeen suojan kohteena ei ole siis franchisingkonsepti, vaan jäljitellyn franchisingantajan kielto-oikeusasema.¹³⁶ Yleisten soveltamisedellytysten lisäksi sopimattomalta menettelyltä on edellytetty vielä erityisiä olosuhteita, kuten vakiintuneesti sekaannusvaaran syntymistä.¹³⁷ Tulkintakäytäntö erityisistä olosuhteista on kuitenkin kasuistista, joten tutkielmassa tuodaan esiin yksittäisiä esimerkkejä orjallisen jäljittelyn ja maineen norkkimisen tarkastelun yhteydessä.¹³⁸

3.4.2 Franchisingkonseptin orjallinen jäljittely ja sekaannusvaara

Orjallinen jäljittely on toinen Suomen oikeudessa tunnustetuista sopimattoman jäljittelyn muodoista. Sillä tarkoitetaan toiselle elinkeinonharjoittajalle kuuluvan tuotteen, tuotetunnuksen ja tuotepakkauksen suoraa ja yksityiskohtaista jäljittelemistä.¹³⁹ Orjallisen jäljittelyn kohteena voi olla myös toisen elinkeinonharjoittajan liiketoiminta, mikä ilmenee Keskuskauppakamarin liiketapalautakunnan lausuntokäytännöstä.¹⁴⁰ Myös Pariisin yleissopimuksen 10 bis artiklan 3.1 kohdassa kielletään teot, jotka aiheuttavat sekaannusta kilpailijan teollisen tai kaupallisen toiminnan kanssa.¹⁴¹ Orjallisen jäljittelyn kieltämistä perustelee vapaamatkustamisongelma,

¹³⁴ Syrjä 2016, s. 153–156.

¹³⁵ Ks. HE 114/1978, s. 10–11. Hyvänä liiketapana pidetään tunnollisen ja rehellisen elinkeinonharjoittajan noudattamaa sekä kilpailijoiden ja asiakkaisen hyväksymää menettelyä taloudellisessa toiminnassa. Hyvän liiketavan sisältö vaihtelee toimialoittain ja ajoittain. Sopimattomuudella sen sijaan tarkoitetaan hyvää tapaa laajemminkin yleisesti hyväksyttävän menettelyn vastaisuutta. Molemmat termit ovat joustavia, eikä niiden sisältö ole yhdellä normilla kuvattavissa.

¹³⁶ Vrt. Syrjä 2016, s. 168.

¹³⁷ Ks. Syrjä 2016, s. 176–180 ja 250–251.

¹³⁸ Vrt. Bernitz ym. 2017, s. 356. Myös eräissä muissa Euroopan maissa sopimattoman jäljittelyn edellytykseksi vaaditaan erityisolosuhteita, kuten sekaannusvaaran syntymistä, systemaattista koko valikoiman jäljittelyä tai luottamuksellisesti saadun tiedon hyväksikäyttöä.

¹³⁹ Haarmann 2014, s. 438. Ks. myös aikaisempaa oikeuskirjallisuutta Aaltonen 1985, s. 39, jolloin sopimattoman jäljittelyn muotoja ei oltu vielä systematisoitu.

¹⁴⁰ Ks. esimerkiksi LTL:n lausunnot nro 749/1990 pizzaketjusta, nro 790/1994 Airport taxi -palvelusta, nro 877/2005 koulutustilaisuudesta sekä nro 889/2007 koulutusohjelmasta.

¹⁴¹ Kansainväliseen sopimatonta jäljittelyä sääntelevään normipohjaan kuuluu muun muassa Pariisin yleissopimuksen 10 bis artikla sekä ICC:n markkinointisäännöt. Säännöksiä on käytetty oikeuskäytännössä tulkintalähteenä SopMenL:n 1 §:n tulkinnassa. Ks. niistä tarkemmin Syrjä 2016, s. 97–101 ja 112–116. Todettakoon myös, että EU-tasolla ei ole annettu sopimatonta menettelyä elinkeinotoiminnassa sääntelevää primäärinormistoa.

jossa kilpailija välttyy investoinneilta tuotekehitykseen ja markkinointiin hyödyntämällä toisen mainetta oikeudettomasti.¹⁴²

Orjallisen jäljittelyn on vakiintuneesti katsottu edellyttävän, että tuote tai palvelu on omaperäinen ja tunnettu sekä että alkuperäisen ja jäljitelmän välillä on sekaannusvaara.¹⁴³ Asiassa on arvioitava myös, onko jäljittelijä pyrkinyt estämään sekaannusvaaran omilla toimillaan. Näitä kriteereitä tarkastellaan seuraavaksi tarkemmin yksi kerrallaan.

3.4.2.1 OMAPERÄISYYS

Jäljiteltävän objektin on oltava omaperäinen saadakseen suojaa. Omaperäisyydellä tarkoitetaan, että jäljitelty objekti erottuu selkeästi muista vastaavista markkinoilla olevista tuotteista tai palveluista. Toisin sanoen suojaobjektin ”erityiset konkreettisen ilmaisumuodon saaneet tunnuspiirteet tai erikoisominaisuudet kokonaisuutena ovat tunnusomaisia” jäljiteltävälle elinkeinonharjoittajalle tai tämän suojaobjektille.¹⁴⁴ Omaperäisyyden arvioinnissa korostuu muun muassa värin, muodon ja muiden esteettisten elementtien arviointi.¹⁴⁵ Pelkästään samojen värien käyttöä ei välttämättä pidetä kiellettynä, vaan jäljittelyn tulisi kohdistua visuaaliseen ulkoasuun ja sommitteluun (*lay-out*).¹⁴⁶ Esteettiset elementit ja yhtenäinen ulkoasu ovat tyypillisiä franchisingketjun myymälöille,¹⁴⁷ ja ne voivat kokonaisuutena muodostua omaperäiseksi. Omaperäinen objekti ei voi olla tavanomainen tai pääasiallisesti funktionaalisten seikkojen määräämä.¹⁴⁸ Sen vuoksi franchisingkonseptin toiminnalliset elementit, kuten myyntitiskin, mainosten tai tuotekylttien sijoittelu ja käyttö, eivät yleensä täytä omaperäisyyden vaatimusta.¹⁴⁹ Myöskään vuorovaikutteiset elementit, kuten internet-sovellus

¹⁴² Määttä 2018, s. 76. Ks. myös TEM 2/2011, s. 26 ja 42.

¹⁴³ Esimerkiksi Syrjä 2016, s. 172–173 sekä Määttä 2018, s. 76–81. Vrt. Bernitz ym. 2017, s. 358–364. Kriteerit ovat lähes samat Ruotsissa, ja niitä tulkitaan hyvin samalla tavalla kuin Suomessa. Ruotsin vilpillistä kilpailua sääntelevän lain 5 § on hyvän tavan vastaiset menettelyt kieltävä yleislauseke ja 14 §:ssä säädetään sekaannusvaaraa aiheuttavasta jäljittelystä.

¹⁴⁴ Syrjä 2016, s. 186–187. Ks. myös MAO:535/08. Markkinaoikeuden kokonaisarvioinnin perusteella hakijan Ellen Svinhufvud -kaku oli siinä määrin omaperäinen ja tulleen ulkomuodoltaan ja rakenteeltaan sillä tavoin tunnetuksi, että kuluttajat ovat mieltäneet sanotun kakun nimenomaan hakijan tuotteeksi. Objekti voi siis olla kokonaisarvioiden omaperäinen, vaikka siinä olisi tiettyjä tavanomaisia piirteitä.

¹⁴⁵ Esimerkiksi MAO:153/15. Markkinaoikeus kiitti huomiota Rapalan kairojen väriyhdistelmien ja ulkoasun kokonaisvaikutelmaan.

¹⁴⁶ Paukku 2012, s. 182. Ks. myös ICC:n markkinointisäännöt 16 artikla, jossa kielletään sekaannusvaaraa aiheuttava mainokset yleissommittelun jäljittely.

¹⁴⁷ Ks. Paukku 2012, s. 181. Paukku ottaa esimerkiksi McDonald’sin, jonka tunnetut visuaaliset elementit ovat m-kirjaimen muodostavat kultaiset kaaret sekä punainen väri.

¹⁴⁸ Ks. MAO:269/13 väitetystä kojerasioiden jäljittelystä. Ks. myös Aaltonen 1985, s. 41 ja Hoppu 2015, s. 23.

¹⁴⁹ Ks. LTL 749/1990 ja MD 1993:26. Vrt. Airport taxi -tapauksen lausunto LTL 790/1994, jossa merkitystä annettiin sille, että kilpailija oli sijoittanut palvelutiskinsä hakijan tiskin läheisyyteen ja vaihtanut tiskin väriyksen

tai asiakaspalvelutavat, tuskin pystyisivät täyttämään omaperäisyyden vaatimusta.¹⁵⁰ Suojaa annetaan siis franchisingkonseptin ominaisuuksille, jotka eivät ole pelkästään toiminnallisia tai vuorovaikutteisia, vaan joilla on identifioivia tarkoituksia.¹⁵¹ Useiden elementtien muodostama kokonaisuus, kuten esteettiset ja toiminnalliset elementit yhdessä, voi riittää omaperäisyyden osoittamiseksi.¹⁵²

Seuraavaksi analysoidaan muutamaa oikeustapausta liiketoimintakonseptin jäljittelystä, jotka ovat sovellettavissa myös franchisingkonseptin jäljittelyyn. Tapausten analyysi jakautuu useaan alakohtaan orjallisen jäljittelyn kriteereiden mukaan, ja tapauksia arvioidaan ensin omalaatuisuus-kriteerin kannalta. Liiketoimintakonseptin suojaamisen haasteet käyvät hyvin ilmi ruotsalaisesta Hemglass-tapauksesta MD 1993:26. Tapauksessa arviointiin franchisingmuotoisen jäätelömyyntipalvelun markkinointikonseptin jäljittelyä. Vastaaja Glassbilen oli aloittanut kilpailevan liiketoiminnan ja ottanut käyttöönsä kantajan Hemglassin tavoin sinisen jäätelöauton, joka ilmoitti tulostaan tunnusmelodialla. Tuomioistuimen mukaan tapauksessa ei ollut kyse sopimattomasta menettelystä, koska jäljitellyt ominaisuudet eivät olleet omaperäisiä vaan toiminnallisia. Tuomioistuin katsoi ensinnäkin äänimelodian käytön funktionaaliseksi, sillä sen tarkoitus oli vain ilmoittaa asiakkaille auton saapumisesta. Tuomioistuin katsoi myös, että nimikyltin paikka ohjaushytin yläpuolella oli tavanomainen ja tuotevalikoimataulun sijoittaminen auton takaosaan johtui liikenneturvallisuuteen liittyvistä syistä. Tuotevalikoima itsessään oli myös tavanomainen ja sen pääasiallinen tehtävä oli informoida kuluttajia, joten se katsottiin myös toiminnalliseksi.¹⁵³ Yksittäisten elementtien

samanlaiseksi. Ks. myös Syrjä 2016, s. 242–243. Voidaan katsoa, että funktionaalisten elementtien vapaana pitäminen edistää vapaata kilpailua, sillä niillä ei voida osoittaa kaupallista alkuperää. Toiminnalliset piirteet ovat yleensä tietylle alalle tyypillisiä ratkaisuja, kuten pikaruokaloissa kassojen sijoittuminen keittiön viereen, josta ruoat voidaan antaa nopeasti suoraan asiakkaalle.

¹⁵⁰ Ks. MAO:613/10. Markkinaoikeus katsoi tapauksen olosuhteissa, että KultaRahaksi.fi-palvelu on erottunut joiltain osin muista internetissä toimivista kulanostopalveluista Suomessa. Tätä ei kuitenkaan voitu asiaa kokonaisuutena arvioiden pitää sellaisena omaperäisyytenä, joka yksinään saisi aikaan goodwill-arvoa. Ks. myös Syrjä 2016, s. 244–245.

¹⁵¹ Paukku 2012, s. 181. Ks. myös Hakulinen 1965, s. 268. Hakulisen mukaan periaatteellisesti yksikään elinkeinonharjoittaja ei voi saada yksinoikeutta liikkeen hoidon järjestelyyn, myymälän sisustukseen, asiakaspalvelun ja tuotteiden laatuun. Yhdyn Hakulisen näkemykseen muiden kuin esteettisenä elementtinä pidettävän sisustuksen osalta, koska loput elementeistä ovat puhtaasti toiminnallisia tai vuorovaikutuksellisia.

¹⁵² Ks. MAO:153/15, kohta 38. Markkinaoikeus katsoi, että Rapalan kairat erottuivat muista markkinoilla olleista jääkaairoista niissä käytettyjen väriyhdistelmien ja ulkoasunsa kokonaisvaikutelman perusteella. Vrt. MAO:381/12. Markkinaoikeuden mukaan Fischerin sukset eivät olleet väriyksensä vuoksi omaperäisiä ja tunnettuja siten, että sukset nimenomaan musta-keltaisen tai musta-kelta-valkoisten väritusten vuoksi kohderyhmässä yhdistetään Fischeriin. Yksittäinen esteettinen elementti ei ole useinkaan riittävä omaperäisyyden osoittamiseksi.

¹⁵³ Ks. MD 1993:26. Hemglass-tapauksessa erityisenä olosuhteena oli myös aiemman yhteistyösuhteen päättymisen, kun franchisingketjusta irtautuneet jälleenmyyjät perustivat kilpailevan yrityksen. Ks. myös Syrjä 2016, 251. Mielenkiintoista on, että. Syrjän mukaan kyseessä oli erityisenä olosuhteena myös luottamuksellisen

tarkastelun lisäksi tuomioistuimien arvioi myös yksittäisistä elementeistä muodostuvan konseptikokonaisuuden omaperäisyyttä.¹⁵⁴ Tältä osin Hemglass-tapauksessa todettiin lyhyesti, että vaikka Glassbilenin menettely oli huomattavan lähellä kilpailijaansa, yrityksille yhteiset elementit eivät olleet erottamiskykyisiä, vaan luonnollisia ainesosia tapauksen kaltaisessa jäätelöautoliiketoiminnassa. Tuomioistuimen mukaan nämä seikat tuli pitää kaikkien käytettävissä tehokkaan kilpailun turvaamiseksi.¹⁵⁵ Myös Paukun mukaan franchisingkonseptin osien suojaaminen on hankalaa, sillä liiketoimintakonseptin useat osat ovat toiminnallisia käytännön tarpeen sanelemina.¹⁵⁶ Näin ollen franchisingkonseptin tavanomaiset osat eivät useinkaan täytä omaperäisyyden vaatimusta.

Suomessa franchisingtoiminta on löytänyt paikkansa erityisesti ravintola-alalta ja pizzaketjut ovat kokeneet jäljittelyyn liittyviä haasteita.¹⁵⁷ Verraten Hemglass-tapaukseen, myöskin kotimaisessa lausunnossa LTL 749/1990 katsottiin, ettei pizzaketju muodostanut ”sellaista omaperäistä ja nimenomaan kyseiselle ketjulle tunnusomaista kokonaisuutta, että vastaajan käyttämät samankaltaiset elementit voisivat aiheuttaa sekaannuksen vaaraa asiakkaiden keskuudessa.”¹⁵⁸ Liiketalouselämyksen tarkastelutapa katsoi normaalioksi kilpailuksi sen, että pizzaketju toimi samalla periaatteella ja käytti muun muassa samankaltaisia esitteitä, pakkauksia ja sisustusta kuin kilpailija, eikä yhtiön todettu menetelleen hyvän liiketavan vastaisesti. Sama vahvistettiin muutamaa vuotta myöhemmin Helsingin hovioikeudessa, jossa hovioikeus ei pitänyt Kotipizzan toimintaperiaatetta tai konseptiin sisältyviä visuaalisia elementtejä kyseiselle franchisingketjulle omaperäisinä ja tunnusomaisina. Näin ollen sekaannusvaaraa ei pidetty ilmeisenä eikä liiketoimintakonseptin ja sen erilaisten visuaalisten elementtien jäljittelyä katsottu hyvän liiketavan vastaiseksi.¹⁵⁹ Puolestaan Dennis-pizzaketju koki tappion asiassa

tiedon käyttämisestä, vaikka siihen ei ole ratkaisussa otettu kantaa. Syrjän mukaan Hemglassin entiset jälleenmyyjät perustivat kilpailevan Glassbilen-yrityksen sen jälkeen, kun Hemglass irtisanoi jakelusopimukset useiden jälleenmyyjien kanssa. Glassbilen alkoi käyttää toiminnassaan luottamukselliseksi katsottavaa tietoa jakelureiteistä. Nykyään tätä voisi arvioida myös mahdollisesti liikesalaisuuden loukkauksena.

¹⁵⁴ Ks. myös Syrjä 2016, s. 240 ja 242. Syrjä on kritisoinut yksittäisiin elementteihin perustuvaa immateriaalioikeuden kaltaista tarkastelutapaa, jolla ei ole mahdollista ottaa huomioon ja arvioida samantasoisesti eri markkinatahojen erilaisia suojaintressejä. Hänen mielestä palvelukonseptia ja sen esteettisiä elementtejä tulisi arvioida kokonaisuutena. Olen vastaavasti samaa mieltä franchisingkonseptin tarkastelun osalta.

¹⁵⁵ Ruotsin markkinaoikeus tarkasteli liiketoimintakonseptin osia myös kokonaisuutena, vaikka Hemglass-yhtiön vaatimukset kohdistuivat yksittäisiin elementteihin. Ks. myös Syrjä 2016, s. 240. Tapaus osoittaa Syrjän mielestä hyvin sen, että on haasteellista osoittaa palvelukonseptin omaperäisyyttä nimenomaan kokonaisuutena.

¹⁵⁶ Paukku 2012, s. 181.

¹⁵⁷ Vrt. Norrgård 30.3.2020. Norrgård on ottanut esimerkiksi 1980-luvun lopun riidan Kotipizza-ketjun ja Noutopizza-ketjun välillä, jossa Kotipizza syytti Noutopizzaa muun muassa pizzalaatikoiden kopioimisesta. Riita päättyi lopulta siihen, että Kotipizza osti Noutopizzan vuonna 1994.

¹⁵⁸ Ks. tarkemmin LTL 749/1990.

¹⁵⁹ HHO 23.9.1992 nro 3366.

MAO:184/II/02, jossa oli kyse väitetystä toiminimien ja tavaramerkkien sekoitettavuudesta sekä pizzerian ulkoasun, ruokalistojen, pizzanimikkeiden ja työntekijöiden vaatteiden jäljittelystä. Kanteen menestyminen jäi erityisesti kiinni siitä, että perusteena vedottiin enimmäkseen Dennis-ketjun rekisteröityihin toiminimiin sekä tavaramerkkeihin kohdistuvaan sekoitettavuuteen, jonka arvioiminen ei siihen aikaan kuulunut markkinaoikeuden toimivaltaan. Vastaaja oli lisäksi poistanut pian toimintansa aloittamisen jälkeen pizzeriansa ruokalistalta hakijoiden keksimät pizzanimikkeet ja markkinaoikeus ei muutenkaan katsonut pizzerian ulkoasun tai ruokalistojen ulkoasun olevan samankaltaisia ja sekoitettavissa.

Sen sijaan tapauksessa LTL 790/1994 liiketapalautakunnan mukaan Airport taxi -palvelukonseptikokonaisuus oli nimenomaan kokonaisuutena omaperäinen. Tapauksessa keltaista väriä oli käytetty laajasti ja järjestelmällisesti Airport taxi -palvelukonseptissa, kuten autoissa, työntekijöiden asuissa ja myyntitiskeissä. Lautakunnan mukaan vastaajan palvelutiskin värityksen vaihtaminen samanlaiseksi ja palvelutiskin sijoittaminen hakijan palvelutiskin läheisyyteen oli omiaan aiheuttamaan sekaannusvaaraa. Vastaajan todettiin menetelleen hyvän liiketavan vastaisesti ja pyrkineen käyttämään hyväksi hakijan mainetta jäljittelemällä hakijan markkinointia ja erityisesti hakijan imagolle tunnusomaista väritystä. Tavanomaisesti siis pelkästään saman värin käyttäminen ei vielä tee menettelystä sopimatonta, vaan ratkaisuun vaikuttavatkin erityiset olosuhteet, kuten yritysten palvelutiskien läheisyys ja lentomatikustajien kiireinen ostopäätöstilanne.¹⁶⁰

3.4.2.2 TUNNETTUUS

Omaperäisyyden lisäksi jäljitellyltä objektilta on edellytetty tunnettuutta. Omaperäisyys ja tunnettuus ovat erillisiä kriteereitä, jotka kummatkin ovat edellytyksenä sekaannusvaaran syntymiselle. Ne ovat kuitenkin tietyllä tapaa yhteydessä – tunnettuus voi nostaa omaperäisyyden astetta taikka tunnettujen elementtien kokonaisuus voidaan katsoa omaperäiseksi.¹⁶¹ Niiden arviointi on kokonaisharkintaa. Tunnettuudella tarkoitetaan tuotteen tai palvelun muodostuneen tunnusomaiseksi elinkeinonharjoittajalle markkinoinnin

¹⁶⁰ Vrt. kuluttajien normaali käyttäytyminen ruokapaikkojen yhteydessä, kun nälän yllättäessä ruokapaikan valinta saatetaan tehdä nopeasti ensivaikutelman perusteella ilman laajempaa palveluvertailua. Mielenkiintoinen kysymys on, voisiko sekaannusvaaran kynnys olla alempi esimerkiksi franchisingravintolakonseptin jäljittelyssä. Ks. myös Paukku 2012, s. 175–178. Hän on pohtinut laajemmin sekaantumisen ajankohdan vaikutusta jäljittelymenettelyn arviointiin.

¹⁶¹ Syrjä 2016, s. 184. Ks. myös LTL 790/1994, jossa Airport taxi -palvelua pidettiin kokonaisuutena tunnusomaisena.

kohderyhmässä siten, että se yhdistetään tiettyyn kaupalliseen alkuperään.¹⁶² Tunnettuutta puoltavat muun muassa yhtiön korkea markkinaosuus, objektin pitkäkestoinen olemassaolo markkinoilla, suuret markkinointikustannukset, huomattava näkyvyys julkisuudessa ja vakiintuneisuutta osoittavat markkinatutkimukset.¹⁶³ Tunnettuuteen liittyvä mielikuva tuo mieleen myös brändiin liittyvän mielikuvan. Brändin katsotaan syntyneen, kun tuotemerkkiin liittyy jokin yksilötasoa laajempi mielikuva ja kun kuluttaja tunnistaa tuotemerkin ja löytää siitä muista eroavia piirteitä.¹⁶⁴

Edellä esitetyissä Airport taxi -tapauksessa ja Hemglass-tapauksessa konseptin väritys oli keskeinen tekijä konseptin maineen muodostumisessa. Airport taxi -tapauksessa katsottiin, että vastaaja oli pyrkinyt käyttämään hyväksi hakijan mainetta erityisesti jäljittelemällä hakijan imagolle tunnusomaista väritystä.¹⁶⁵ Sen sijaan Hemglass-tapauksessa kantaja yritti osoittaa markkinatutkimuksilla, että sininen väri ja tuttua melodiana soittava jäätelöauto omaa mainetta ja tunnettuutta asiakkaiden keskuudessa juuri kantajalle tyypillisenä sinisenä autonä. Konseptien yhteneväisyyksien katsottiin kuitenkin liittyvän toiminnan samanlaiseen luonteeseen, eikä menettelyn katsottu luoneen riittävää mielikuvaa toisen maineeseen.¹⁶⁶ Tapauksessa ei myöskään puhuta sinisen värin systemaattisesta käytöstä auton lisäksi esimerkiksi työntekijöiden vaatetuksessa, mikä olisi voinut lisätä konseptin omaperäisyyttä ja tunnettuutta.¹⁶⁷

¹⁶² Esimerkiksi MAO:451/09. Myös MAO:153/15, kohta 38. Markkinaoikeuden mukaan Rapalan jääkairoiin yhdistyvä maine ja tunnettuus liitettiin kuluttajien keskuudessa yksiselitteisesti ja ainoastaan hakijaan. Myös Määtä 2018, s. 53. Ks. kohderyhmän käsitteestä tarkemmin Hoppu 2015, s. 25–26.

¹⁶³ Ks. Hoppu 2015, s. 24. Vrt. Bernitz ym. 2017, s. 360. Ruotsissa tunnettuutta puoltavaksi tekijä katsotaan edellä mainittujen lisäksi suuri myyntimäärä. Oikeuskäytännössä tunnettuus on täytynyt esimerkiksi tapauksissa MAO:82/05, MAO:332/08, MAO:332/09 ja jäänyt täyttymättä tapauksissa MAO:198/13 ja MAO:407/17. Viimeksi mainitussa tapauksessa, kohta 44, markkinaoikeus on analysoinut mielenkiintoisesti tunnettuutta ja suojatarvetta tilanteessa, jossa hakija on ollut pitkään ainoa toimija markkinoilla: ”tuotteiden markkinaosuus Suomessa on myös huomattavan korkea. Osaltaan tämä on ilmeisesti seurausta siitä, että SK Tuote Oy:n tuotteet ovat olleet pitkään lähes ainoita alan markkinoilla olevia tuotteita Suomessa –. On ymmärrettävää, että tällaisessa tilanteessa alan ammattilaiset tunnistavat SK Tuote Oy:n tuotteet niiden ulkoasun perusteella hyvin. Tällaisessa kilpailutilanteessa syntynyt tunnettuus ei kuitenkaan osoita, että tuotteiden vailla omaperäisyyttä olevalla ulkoasulla tai muotoilulla olisi myös mainetta tai ainakaan sellaista mainetta, jota olisi syytä suojata sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain perusteella vielä vuosikymmeniä tuotteiden markkinoille saattamisen jälkeenkin.”

¹⁶⁴ Ks. tarkemmin Sammallahti 2009, s. 69.

¹⁶⁵ LTL 790/1994.

¹⁶⁶ MD 1993:26. Ruotsin markkinaoikeuden mukaan menettelyssä ei ollut kyse orjallisesta jäljittelystä eikä maineen norkkimisesta.

¹⁶⁷ Vrt. myös MD 2015:9. Tapauksessa oli kyse taksiauton kyljessä olevien koristeiden ja kylttien harhaanjohtavasta jäljittelystä. Taksissa olevan Göteborg Taxi -tunnusmerkin ja suorakaiteen muotoisen kehyksen keltaisin koristeluun katsottiin täyttävän erottamiskyky ja tunnettavuusvaatimus. Sekaannusvaarasta MD totesi,

3.4.2.3 SEKAANNUSVAARA

Kolmas soveltamisedellytys on, että alkuperäisen tuotteen tai palvelun sekä jäljitelmän välillä aiheutuu sekaannusvaara. Suomen oikeuskäytännössä sopimattomalta jäljittelyltä on lähes poikkeuksetta edellytetty sekaannusvaaraa.¹⁶⁸ Menettely on tällöin omiaan luomaan kuvan siitä, että jäljitelty objekti ja originaali ovat peräisin samasta kaupallisesta alkuperästä. Orjallisesta jäljittelystä ja sekaannusvaaratilanteesta voi olla kyse erityisesti silloin, kun originaali ja jäljitelmä ovat lähes identtiset. Sekaannusvaaran yhtenä funktiona onkin suojata kuluttajien intressiä löytää haluamansa tuote markkinoilta,¹⁶⁹ mitä identtisten tuotteiden käyttö vaikeuttaa. Sekaannusvaaran arvioinnissa on tarkasteltava kyseessä olevaa kohderyhmää ja sen asiantuntemusta, sillä sekoitettavuudelle voidaan asettaa sitä korkeammat kriteerit mitä asiantuntevampi kohderyhmä on. SopMenL:n yleislausekkeen soveltaminen ei edellytä tuottamuksellisuutta taikka konkreettisen vahingon syntymistä, vaan nimenomaan vahingon vaaran syntyminen on riittävää.¹⁷⁰

Jo aikaisemmin mainitussa Airport taxi -tapauksessa sekaannusvaaraa aiheutti se, että vastaaja vaihtoi palvelutiskin väriyksen samanlaiseksi ja sijoitti palvelutiskin hakijan palvelutiskin läheisyyteen. Molemmat käyttivät palvelusta nimitystä ”airport taxi”. Se, että työntekijöiden asujen ja autojen värit erosivat alkuperäisestä palvelukonseptista, ei riittänyt ehkäisemään sekaannusvaaraa. Sekaannusvaaran syntymiseen vaikutti erityisenä olosuhteena se, että lentomatkustajat tekevät ostopäätöksen kiireessä, jolloin he voivat tavallista herkemmin sekaantua palveluiden kaupallisesta alkuperästä.

3.4.2.4 SEKAANNUSVAARAN NEUTRALISOINTI

Jäljittelytapauksessa arvioidaan myös se, onko jäljittelijä omilla toimillaan varmistanut, ettei sekaannusvaaraa synny. Aaltosen mukaan tämä tapahtuu yksinkertaisimmin käyttämällä omaa toiminimeä, tavaramerkkiä tai muuta vastaavaa tunnusta.¹⁷¹ Jos jäljittelijä torjuu

että kuluttaja tilaa usein taksin kadulta tietyllä tavalla eikä yleensä näe yksityiskohtia kylteissä ja koristeluissa. Myös liiketapalautakunnan ratkaisukäytännössä mainoksen yleisilmeen ja sommittelun jäljittely on katsottu hyvän tavan vastaiseksi, ks. LTL 843/2001.

¹⁶⁸ Syrjän mukaan legaaliperusteena on ollut Pariisin yleissopimuksen artiklan 10 bis 3. kappaleen (1) alakohta. Ks. Syrjä 2016, s. 198 ja 203. Huomattakoon, että artikla 10 bis sääntelee vain sekaannusvaaratilanteita eli orjallista jäljittelyä, muttei maineen norkkimiseksi katsottavia tilanteita. Ks. AIPPI Q 115/1994 -päätöslauselma, jonka mukaan artiklan 10 bis ulkopuolisia tilanteita, niin sanottua *slavish imitation* -toimintaa, pidetään pääsääntöisesti sallittuna.

¹⁶⁹ Ks. Määttä 2018, s. 52–53. Vrt. myös tavaramerkkilain 5 §:n 2 kohdan sekaannusvaaran käsite ja sen funktio.

¹⁷⁰ HE 114/1978, s. 11 ja Määttä 2018, s. 32. Vastaavasti Bernitz ym. 2017, s. 360.

¹⁷¹ Aaltonen 1985, s. 41. Ks. myös TEM 2/2011 s. 40, jossa todetaan, että jäljitelmän merkitseminen omalla lisätunnuksella on muodostunut tärkeimmäksi erotettavuustekijäksi käytännössä.

sekaannusvaaran, ei menettelyä useinkaan ole katsottu hyvän liiketavan vastaiseksi menettelyksi.¹⁷² Ratkaisussa MAO:535/08 sekaannusvaara oli onnistuttu torjumaan eräiden kanneperusteiden osalta käyttämällä omaa tuotenimeä sekä omia tunnuksia.¹⁷³

Sen sijaan LEGO-asiassa (KKO 2004:32, MAO:84/03 ja MAO:82/05) markkinaoikeus katsoi, ettei jäljittelijän omien tunnusten ja pakkausten käyttäminen riittänyt estämään sekaannusvaaraa, kun jäljiteltäviä palikoita ei ollut ulkomuotonsa puolesta selvästi erotettu LEGO-palikoista. Jäljitellyt palikat olivat lähes identtisiä alkuperäisiin verrattuna. Sekaannusvaaran ehkäisemiselle voitiin asettaa korostetut vaatimukset, kun otettiin huomioon LEGO-palikoiden voimakas tunnettisuus sekä jäljittelyn järjestelmällisyys¹⁷⁴. Onkin arvioitava tapauskohtaisesti, liittyykö miellelyhtymä enemmän tavaran ulkoasuun vai tuotemerkkiin.¹⁷⁵ Myös ratkaisun MAO:153/15 mukaan sekaannusvaaran poistaminen edellyttää, etteivät tuotteet ole ulkonaiselta kokonaisvaikutelmaltaan samanlaisia. Sekaannusvaaran poistamiseksi tuotteet on erotettava toisistaan tuotteiden ulkomuotoon, väriytykseen, nimiin tai tuotemerkkeihin tehtävillä muutoksilla. Tässä Rapala-tapauksessa jääkairat erosivat toisistaan vain niiden rungoissa samassa kohdassa olevien eri tuotemerkkien osalta sekä lievästi erilaisten veivin kädensijojen osalta. Markkinaoikeus katsoi, ettei sekaannusvaaraa voitu poistaa muuttamatta tuotteita.¹⁷⁶

Bernitz on kritisoinut edellä esiteltyä Hemglass-ratkaisua juuri sen vuoksi, ettei vastaaja edes yrittänyt välttää sekaannusvaaraa palveluiden välillä.¹⁷⁷ Bernitzin mukaan sekaannusvaara olisi voitu helposti välttää valitsemalla jäätelöautoille jokin toinen väri, sillä värivaihtoehtoja on lähes lukematon määrä. Kun Glassbilen päinvastoin maalasi autojaan Hemglassin kaltaisella värillä, on kohtuudella vaadittava, että Glassbilen neutraloi sekaannusvaaran selventämällä kuluttajille erilaista kaupallista alkuperää.¹⁷⁸ Näin ei ole kuitenkaan tapahtunut. Päinvastoin, konseptiin on otettu myös useita elementtejä, kuten tunnusmelodia ja tuotenimi, jotka

¹⁷² Ks. oikeuskäytännössä esimerkiksi Fischer-tapaus MAO:381/12. Myös Aaltonen 1985, s. 41. Hän on todennut samaa aikaisemman oikeuskäytännön perusteella.

¹⁷³ Ks. MAO:535/08, jossa oli kyse Ellen Svinhufvud -voileipäkakun jäljittelyn ja sekoitettavuuden arvioinnista.

¹⁷⁴ Jäljittelyn intensiteetistä erityisenä kvalifointiperusteena ks. Syrjä 2016, s. 231–234. Syrjän mukaan oikeuskäytännössä systemaattinen ja järjestelmällinen jäljittely on edellyttänyt, että jäljittelijä on ollut jollain tavalla tietoinen jäljiteltävästä originaalista sekä koko sarjan tai piirteiden kokonaisuuden jäljittelyä.

¹⁷⁵ TEM 2/2011, s. 40–41.

¹⁷⁶ MAO:153/15, kohta 42 ja 6. Ks. sekaannusvaaran estämisen laiminlyönnistä myös MAO:332/09.

¹⁷⁷ Bernitz 1993, s. 540–545.

¹⁷⁸ Vrt. Hakulinen 1965, s. 268. Hakulisen mukaan jäljittelijä menettelee hyvän tavan vastaisesti, jos hän olisi vaikeudetta voinut liittää jäljittelemäänsä tuotteeseen sekoittamisen estäviä lisäpiirteitä.

samanlaisen myyntimenetelmän yhteydessä ovat omiaan lisäämään sekaannusvaaraa.¹⁷⁹ Bernitzin kritiikki on osuva ja hyvin perusteltu. Näkemystä voisi täydentää vielä kuitenkin sen osalta, että Hemglass-ratkaisun lopputulos on epätoivottava ja jopa kohtuuton, koska kyseessä on myös ollut systemaattisesta usean elementin jäljittelystä, kuten LEGO-asiassa edellä.

Näiden neljän orjallisen jäljittelyn tunnusmerkin tarkastelun jälkeen voidaan arvioida, voitaisiinko franchisingkonseptin jäljittely katsoa jossain olosuhteissa orjalliseksi jäljittelyksi. Ensinnäkin franchisingkonseptin tulisi olla riittävän omaperäinen ja tunnettu, mikä voi osoittautua haastavaksi. Sekaannusvaara voisi syntyä, jos jäljittelijä toimisi samalla elinkeinonalalla harjoittaen samanlaista toimintaa ja tarjoten samankaltaisia palveluja ja hyödykkeitä kuin franchisingantaja. Jäljitelmä voitaisiin kuitenkin erottaa alkuperäisestä franchisingkonseptista omilla tunnuksillaan. Jos sekaannusvaara siten estyisi, menettelyä pidettäisiin pääsääntöisesti sallittuna. Toisaalta menettely voitaisiin LEGO-tapauksen tavoin katsoa kielletyksi, mikäli franchisingkonseptin jäljittely olisi järjestelmällistä sekä franchisingkonseptin katsottaisiin omaavan voimakkaan tunnettuuden kohderyhmässään. Kynnys franchisingkonseptin jäljittelyn katsomiseksi orjalliseksi jäljittelyksi lienee kuitenkin hyvin korkea.

3.4.3 Franchisingkonseptin maineen norkkiminen ilman sekaannusvaaraa

Orjallisen jäljittelyn lisäksi maineen norkkiminen on toinen oikeuskäytännössä tunnustetuista sopimattoman menettelyn muodoista. Toisen elinkeinonharjoittajan maineen norkkimisella tarkoitetaan toisen elinkeinonharjoittajan toimintaan, tuotteeseen, tunnukseen tai vastaavaan liittyvän maineen ja tunnettuuden, ts. *goodwill*-arvon oikeudetonta hyväksikäyttämistä. Norkkimisen kohteelta edellytetään edelleen omaperäisyyttä.¹⁸⁰ Lisäksi hyväksikäytön kohteelta edellytetään sellaista riittävää tunnettuutta, että kohde on yhdistettävissä tiettyyn elinkeinonharjoittajaan.¹⁸¹ Maineen norkkimisen on vahingoitettava toisen mainetta tai aiheutettava tälle haittaa sekä heikennettävä kuluttajien käsitystä markkinoista, joten pelkkä

¹⁷⁹ Bernitz 1993, s. 544–545.

¹⁸⁰ Ks. MAO:883/15 ja Schröder 2015. Vrt. MAO:355/16, MAO:374/16 ja MAO:536/18. Kaikissa oikeustapauksissa omaperäisyyttä ei ole nimenomaisesti mainittu norkkimisen edellytyksenä. Tämä johtunee siitä, jäljitellyt kohteet ovat olleet immateriaalioikeuden suojaamia, ja omaperäisyys arvioidaan vain niissä tilanteissa, joissa kyse on toissijaisesta suojasta SopMenL:n perusteella.

¹⁸¹ Esimerkiksi Lindberg ja Lehtonen 2013, Schröder 2013 sekä Määttä 2018, s. 81–82. Vrt. laajalti tunnettujen tavaramerkkien suoja, joka edellyttää vain jäljiteltävän kohteen yhdistämistä tiettyyn anonyymiin kaupalliseen alkuperään.

korvauksettoman edun saaminen jäljittelystä ei ole riittänyt yksinään perusteeksi.¹⁸² Toisin kuin orjalliselta jäljittelyltä, maineen norkkimiselta ei enää uuden doktriinin mukaan edellytetä sekaannusvaaran syntymistä.¹⁸³ Suunnanmuutos markkinaoikeuden doktriinissa tapahtui Granströms Båtvarv -tapauksen myötä. Tapauksen MAO:121/12 riita koski oikeutta käyttää Granströms Båtvarv -tunnusta telakkatoiminnassa ja siihen liittyvässä markkinoinnissa, kun vastaaja pyrki näin hyödyntämään osapuolten aikaisemmin yhteisesti omistaman kommandiittiyhtiön nimeen liittyvää mainetta. Tapauksessa yhtenä erityisenä olosuhteena voidaan pitää osapuolten aikaisempaa yhteistoimintasuhdetta.¹⁸⁴ Markkinaoikeus totesi nimenomaisesti, ettei sekaannusvaaraa tai menettelyn tahallisuutta pidetä edellytyksenä sille, että markkinointi katsottaisiin sopimattomaksi. Toisaalta sekaannusvaara esiintyi kuitenkin edelleen perusteluissa, ja vastaajan toiminta oli ollut omiaan aikaansaamaan sekaannuksen vaaran.

Määtän ja Bernitzin mukaan maineen norkkimiseksi voidaan katsoa myös toisen elinkeinonharjoittajan koko liiketoimintakonseptin kopiointi,¹⁸⁵ joten maineen norkkiminen voisi soveltua franchisingkonseptin jäljittelyn arviointiin. Maine ja tunnettuus ovat franchisingkonseptin keskeinen ja taloudellista arvoa omaava elementti, jonka tulisi saada suojaa toisen elinkeinonharjoittajan sopimattomalta maineen jäljittelyltä. Vanhemman doktriinin¹⁸⁶ aikainen tapaus MAO:613/10 vahvistaa kuitenkin liiketoimintamallin suojaamisen liittyvät haasteet. KultaRahaksi Oy oli kehittänyt palvelutuotteeseen perustuvan

¹⁸² Ks. MAO:613/10, jota käsitellään jäljempänä. Tapauksessa suojaa ei myönnetty kantajan 600 000 euron investoinneille KultaRahaksi-palvelukonseptiin, jota vastaaja jäljitteli ilman omaa merkittävää investointia tai kehitystyötä. Ks. myös Hakulinen 1965, s. 268 sekä Syrjä 2016, s. 173 ja 187–194. Vrt. immateriaalioikeus, jonka perustavanlaatuisena ajatuksena on myös suojata oikeudenhaltijan investointeja ja sitä kautta pitää yllä kannustin kehitystyöhön.

¹⁸³ Uusi doktriini on vahvistettu tapauksessa MAO:121/12 ja sen jälkeen Fischer-tapauksessa MAO:381/12. Markkinaoikeus viittasi perusteluissaan ruotsalaiseen oikeuskäytäntöön, jossa MFL:n 5 §:n mukainen sekaannusvaaraton maineen norkkiminen (*renommésnylting*) on katsottu kielletyksi jo pidempään. Ruotsalainen *renommésnylting* ja nykyinen suomalainen maineen norkkimisoppi ovat sisällöltään lähellä toisiaan. Ks. tarkemmin Bernitz ym. 2017, s. 371–376.

¹⁸⁴ Myös tapauksessa MAO:536/18 markkinaoikeus on ottanut huomioon aikaisemman yhteistoimintasuhteen menettelyn arvioinnissa ratkaisussa, ja todennut, että ”tilanteessa, jossa henkilö on siirtynyt yhdestä yrityksestä toiseen ja ryhtynyt toisessa yrityksessä käyttämään tunnusta, joka muistuttaa ensimmäisen yrityksen tunnusta, on olemassa yleiseen elämäkokemukseen perustuen muita tilanteita suurempi todennäköisyys siihen, että tuossa tilanteessa yritetään luoda mielikuvaa aiempaan yritykseen.”

¹⁸⁵ Määttä 2018, s. 82. Samoin Bernitz ym. 2017, s. 371.

¹⁸⁶ Aikaisemmasta oikeuskäytännöstä ks. esimerkiksi MAO:132/04. Markkinaoikeus totesi, ettei yleislausekkeessa ole poissuljettu sekaannusvaarasta riippumattonta goodwill-suojaa. Edellytyksenä kuitenkin pidettiin, että kiellettävästä markkinoinnista aiheutuu alkuperäisen tunnuksen vähittäinen heikkeneminen. Ks. myös MAO:619/09, jossa sekaannusvaaran edellyttämistä pidettiin pääsääntönä mutta goodwill-arvon hyväksikäyttämistä toissijaisena vaihtoehtona folkia.fi-verkkotunnuksen käytön kieltämisen perusteeksi. Ks. myös MAO:95/II/02 sekä aikaisemmin tarkasteltu tapaus MAO:613/10 KultaRahaksi-palvelusta.

liiketoimintamallin, jonka tarkoituksena oli ostaa kultaesineitä suoraan kuluttajilta. Palvelukonseptin olennaisina elementteinä oli yhtiön mukaan muun muassa internet-sovellus, palvelusopimukset sekä turvapussi ohjeistuksineen. Yhtiöllä oli myös rekisteröity KultraHaksi.fi-verkkotunnus ja -kuviotavaramerkki. Kilpailija jäljitteli hakijaa ottamalla käyttöönsä samankaltaisen internet-sovelluksen kullannostoa varten ja harjoittamalla liiketoimintaa samankaltaisella nimellä, logolla ja verkkotunnuksella KorutHaksi.fi. Internet-sovelluksen ulkoasu ja logo eivät kuitenkaan olleet identtiset. Markkinaoikeuden mukaan vastaaja ei ollut sopimattomasti jäljitellyt palvelukonseptin mainetta, palvelukonseptin kokonaisuutta eikä yksittäisiä elementtejä. Yksittäiset elementit eivät olleet omaperäisiä tai innovatiivisia, koska yrityksen toimintaidea oli käytössä jo muiden ohella Yhdysvalloissa ja Ruotsissa.¹⁸⁷ Markkinaoikeuden mukaan myöskään palvelukonsepti kokonaisuutena ei ollut omaperäinen. Pelkästään se, että yhtiö oli käyttänyt noin 600 000 euroa konseptin kehitystyöhön, ei riittänyt näytöksi tunnettuudesta, kun otettiin huomioon yhtiön lyhyt toiminta-aika markkinoilla. Siten palvelukonseptille ei voinut myöskään muodostua goodwill-arvoa. Menettelyn sallittavuutta puolsi myös se, että vastaaja erotti palvelunsa muista käyttämällä laillisesti rekisteröityjä tunnuksia. Tapaus osoittaa korkean kynnyksen liiketoiminnan jäljittelyn katsomiseksi sopimattomaksi ja hankaluudet liiketoimintakonseptiin sisältyvien elementtien suojaamisessa, kun ne ovat pääosin toiminnallisia tai vuorovaikutuksellisia.¹⁸⁸

Schröder on arvioinut maineen norkkimisopin oikeustilaa Granstörms Båtvarv -päättöksen jälkeen ja todennut, että norkkimisoppi on yleistynyt toissijaiseksi kanneperusteeksi immateriaalioikeuksien loukkaustapauksissa. Schröderin mukaan maineen norkkimisen perusteella määrätty kiellot eivät ole kuitenkaan yleistyneet, vaan markkinaoikeus onkin muutamaa tapausta lukuun ottamatta hylännyt kaikki maineen norkkimiseen perustuneet vaatimukset. Näissä poikkeustapauksissakin, joissa vaatimukset on hyväksytty, ensisijainen peruste on ollut jokin muu kuin maineen norkkiminen.¹⁸⁹ Markkinaoikeus on asettanut maineen

¹⁸⁷ Ks. myös ratkaisu HHO 23.9.1992 nro 3366. Tapauksessa oli kyse liiketoimintakonseptin ja siihen sisältyvien visuaalisten elementtien käytöstä ravintolatoiminnassa. Tässäkin tapauksessa jäljittelyn sallimista perusteltiin sillä, että Kotipizza-ketjun toimintaidea oli lainattu ulkomailta, eikä sitä pidetty hakijalle omaperäisenä ja tunnusomaisena. Ratkaisussa painotettiin myös kilpailunvapauden turvaamisen pääsääntöä.

¹⁸⁸ Ks. Syrjä 2016, s. 244–255. Internet-sovellukset ja muut vuorovaikutukselliset elementit eivät pääsääntöisesti saa suojaa jäljittelyltä.

¹⁸⁹ Ks. Schröder 2015. Ks. myös aikaisemmin mainittu Rapala-tapaus MAO:153/15, jossa menettely katsottiin sopimattomaksi. Vaikka markkinaoikeus on ottanut huomioon sekaannusvaaran lisäksi goodwill-arvon suojan, ei tapauksesta käy täysin selvästi ilmi, onko kyse ollut vain orjallisesta jäljittelystä vai myös norkkimisesta.

norkkimisopin soveltamiskynnyksen korkealle. Jäljitellyltä objektilta on puuttunut usein vaadittava omaperäisyys ja tunnettuus taikka jäljittelijä on voinut poistaa miellelyhtymän syntymisen käyttämällä omia tunnuksiaan.¹⁹⁰ Sama linja on jatkunut myös Schröderin analyysin jälkeisessä oikeuskäytännössä.¹⁹¹ Oikeustila on jäänyt avoimeksi, sillä markkinaoikeus ei ole toistaiseksi antanut yhtään kieltopäätöstä, jossa olisi vedottu yksinomaan maineen norkkimiseen. Kaiken kaikkiaan voidaan katsoa, ettei maineen norkkiminen ole varma suojaperuste franchisingkonseptin suojaamiseen jäljittelyltä.

3.4.4 SopMenL:n yleislausekkeen soveltumisesta franchisingkonseptin jäljittelyyn

SopMenL:n suojan tarkastelun yhteydessä on edelleen korostettava, että jäljittelyvapautta pidetään vahvana pääsääntönä. Paukun mukaan suoja ei saa olla niin laajaa, että se rajoittaisi vapaata kilpailua ja estäisi uusien elinkeinonharjoittajien tulemisen alalle.¹⁹² Ei ole yksinkertaista löytää tasapainoa yleisen edun ja kilpailunvapauden sekä toisaalta elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan intressien välille. SopMenL:n yleislauseketta soveltaessa on myös arvioitava, mitä seuraamuksia franchisingkonseptin jäljittelystä aiheutuisi kuluttajille. Mahdollisesti kuluttajat voisivat erehtyä tuotteiden tai palveluiden kaupallisesta alkuperästä taikka norkkimistilanteessa kuluttajat voivat alkuperäisen franchisingkonseptin goodwill-arvon kustannuksella kiinnostua uudesta jäljitellystä paikasta.

Edellä läpikäyty oikeustilan tarkastelu vahvistaa oikeuskirjallisuudessa usein esitetyn näkemyksen siitä, että SopMenL:n tarjoama suoja on riittämätön suojaamaan franchisingtoimintaan sisältyviä elementtejä. Esimerkiksi Lautjärvi ja Tommila ovat jo aikaisemmin todenneet SopMenL:n tarjoaman suojan olevan erittäin heikkoa, ”eikä franchisingtoimintaa tulisi missään olosuhteissa perustaa sen olettamuksen varaan, että toiminnan kohteena olevien tunnusten, tuotteiden tai esitteiden jäljittely olisi SopMenL:n nojalla estettävissä.”¹⁹³ SopMenL:n yleislauseke on hyvin laveakäsitteinen ja tapauskohtainen, minkä vuoksi se ei pysty luotettavasti sääntelemään, minkälaisia ovat hyvät menettelytavat

¹⁹⁰ Omaperäisyys ja tunnettuus jäivät näyttämättä tapauksissa MAO:381/12, MAO:198/13 ja MAO:429/13. Mielleyhtymä jäi näyttämättä tapauksissa MAO:269/13 sekä MAO:809/14.

¹⁹¹ Ks. uudempina tapauksina MAO:883/15, MAO:355/16, MAO:374/16, MAO:407/17 sekä MAO:536/18, joissa pääasia liittyi yksinoikeuden loukkaukseen ja kanteet maineen norkkimisesta hylättiin. Näistä tapauksista tunnettuus on jäänyt näyttämättä tapauksessa MAO:536/18, omaperäisyys tapauksessa MAO:407/17 sekä miellelyhtymä tapauksissa MAO:883/15, MAO:355/16 ja MAO:374/16.

¹⁹² Paukku 2012, s. 188.

¹⁹³ Lautjärvi – Tommila 1988, s. 58.

franchisingsuhteessa.¹⁹⁴ Yleislausekkeen sisältö ei myöskään ole staattinen, vaan käsitys hyvästä tavasta ja hyväksyttävästä menettelystä kilpailijoiden kesken vaihtelee ajan kuluessa yhteiskunnan kehittyessä.¹⁹⁵ Tapaukset on ratkaistava *in casu*.

Franchisingkonseptin suojaamiseen jäljittelyltä SopMenL 1 §:n nojalla liittyy monia haasteita. Jo franchisingkonseptin yksittäisten elementtien suojaaminen yleislausekkeen nojalla on epävarmaa. Oikeuskirjallisuudessa tai oikeuskäytännössä ei ole myöskään nimenomaisesti todettu franchisingkonseptin sellaisenaan saavan suojaa jäljittelyä vastaan yleislausekkeen perusteella. Suoja on kaiken kaikkiaan vaikeasti hakijan käytettävissä tiukkojen soveltamisedellytysten vuoksi.¹⁹⁶ Yhdeksi ongelmaksi voidaan nostaa esiin erityisesti se, ettei franchisingantajan taloudellisia panostuksia turvaavaa investointisuoja oteta huomioon legitimointiperusteena jäljittelysuojalle. Investointisuojan heikko asema on kyseenalaistettava, sillä franchisingkonseptin kehittäminen ja käyttöönottoaminen edellyttää franchisingottajalta merkittäviä investointeja, joihin tulisi oikeudenmukaisuus- ja kannustinsyistä kohdistua suojaa.¹⁹⁷ Franchisingkonseptin jäljittely voi olla sopimatonta vain silloin, kun franchisingkonsepti muodostaa omaperäisen kokonaisuuden, joka on tunnusomainen tietylle yritykselle. Jäljittelyltä ei voida suojata franchisingkonseptin toiminnallisia ja vuorovaikutteisia elementtejä,¹⁹⁸ eikä muita alalle tunnusomaisia elementtejä. Niillä ei pystytä osoittamaan tuotteen tai palvelun alkuperää ja yhdistämään sitä johonkin tiettyyn elinkeinonharjoittajaan. Ongelmana kuitenkin on, että franchisingkonseptin monet elementit ovat toiminnallisia tai vuorovaikutteisia.¹⁹⁹ Yleislausekkeen nojalla voidaan suojata franchisingkonseptin esteettisiä elementtejä ja visuaalista ulkoasua, mutta niidenkin katsominen riittävän omaperäiseksi ja tunnetuksi tuo haasteita. Kynnys jäljittelyn katsomiseksi sopimattomaksi menettelyksi on kaiken kaikkiaan korkea. Kiellettyyn jäljittelymenettelyyn olisi mahdollisuus puuttua

¹⁹⁴ Toisaalta joustavilla normeilla on välttämätöntä paikata lainsäädännössä esiintyviä aukkoja, sillä aukotonta suojaa kaikilta mahdollisilta sopimattoman menettelyn muodoilta on mahdotonta laatia yksittäisin erityissäännöksin. Toisaalta taas yleislausekkeen joustavuudesta seuraava tuomarin harkintavalta on omiaan heikentämään oikeusvarmuutta, kuten Kivimäkin on todennut. Juuri yleislausekkeeseen liittyvän epätarkkuuden vuoksi siihen liittyviä toimia ei ole kriminalisoitu, sillä sen voi katsoa olevan vakava oikeusvarmuuden loukkaus. Ks. yleislausekkeiden kritiikkiä Kivimäki 1950, s. 302–318.

¹⁹⁵ HE 114/1978, s. 10–11.

¹⁹⁶ Vrt. samoin palvelukonseptin jäljittelyn osalta Syrjä 2016, s. 254–255 sekä 247. Syrjä on maininnut haasteiksi myös vahingon aiheutumisen ja vahingon määrän osoittamisen.

¹⁹⁷ Ks. franchisingketjun kehittämisestä ja siihen kuluista panostuksista kappale 2.2.

¹⁹⁸ Toiminnallisten ja vuorovaikutteisten elementtien jäljittelyn kieltäminen voisi johtaa epätoivottavaan konseptinhaltijan monopoliasemaan.

¹⁹⁹ Ks. tarkemmin Sammallahti 2009, s. 91 ja 102. Sammallahti painottaa franchisingkonseptin luomisen perustana standardoituja palveluprosesseja sekä henkilöstön ja asiakkaiden välisiä vuorovaikutustilanteita, joiden tulisi jättää jokaisella asiakkaalla samanlainen tunnelma. Ks. toiminnallisista elementeistä myös Paukku 2012, s. 181.

SopMenL:n 6–8 §:n mukaisilla oikeuskeinoilla, kuten kiellolla, väliaikaisella kiellolla sekä oikaisutoimilla ja päätöksen julkaisemisella.²⁰⁰

3.5 Yhteenveto lakisääteisestä suojasta franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan

Voimassa olevan lainsäädännön systematisointi edellä osoittaa oikeaksi tutkielman taustalla olevan ennakko-oletuksen siitä, että lainsäännöllinen suoja franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan ei ole sellaisenaan riittävä. Suoja jäljittelyä vastaan koostuu hajanaisesta kokoelmasta erinäisiä säädöksiä, jotka soveltuvat parhaiten franchisingkonseptin tiettyjen yksittäisten osien suojaamiseen. Edes SopMenL:n 1 §:n yleislauseke ei edellä esitetyn perusteella pysty suojaamaan riittävästi franchisingkonseptia sellaisenaan. Pääosin toiminnallisen ja ei-teknisen liiketoimintamallin käyttäminen ja siihen liittyvä kielto-oikeus ei voi muodostua yksinoikeudeksi.²⁰¹ Yleislausekkeen tiukkojen soveltamisedellytysten vuoksi myöskään franchisingkonseptin yksittäisten elementtien, kuten visuaalisen ilmeen, suojaaminen ei ole taattu. Kilpailunvapauden perustavanlaatuisen aseman vuoksi ei ole väliä esimerkiksi sillä, kuinka kalliita tai esteettisiä franchisingkonseptin elementit ovat tai kuka nämä elementit on alun perin suunnitellut. On mahdotonta turvautua immateriaalioikeudellisiin lakeihin, liikesalaisuuslakiin tai SopMenL:in, jos tarkoituksena on suojata franchisingkonseptin elementtejä, jotka eivät ole salaisia tai erottautumiskykyisiä taikka jotka ovat puhtaasti toiminnallisia.

Vahvinta lainsäädännöllistä suojaa nauttivat franchisingkonseptiin kuuluvat immateriaalioikeudet ja liikesalaisuudet, jotka saavat suojaa erityislainsäädännön avulla. Erityisesti tavaramerkkisuoja on kriittisen tärkeä franchisingtoiminnan kannalta ja sen etuna on, että tavaramerkit ovat rekisteröitäviä oikeuksia, mikä tekee niistä konkreettisempia ja helpommin tunnistettavia. Tavaramerkkejä ja niiden voimassaoloa osana franchisingkonseptia pystytään tällöin paremmin hallinnoimaan ja valvomaan. Sen sijaan tekijänoikeuksia ja liikesalaisuuksia on hankalampia tunnistaa ja mallintaa osaksi franchisingkonseptia, koska ne eivät edellytä rekisteröintiä syntyäkseen. Niiden olemassaolo kyseenalaistetaan vasta jälkikäteen esimerkiksi oikeudenkäyntivaiheessa, jos niiden olemassaolo riitautetaan. Vaikka lakisääteinen suoja immateriaalioikeuksille ja liikesalaisuuksille onkin vahvaa, niihin liittyy

²⁰⁰ Ks. SopMenL:n oikeuskeinoista Määttä 2018, s. 141 ss.

²⁰¹ Syrjä 2016, s. 156.

omat puutteensa. Esimerkiksi liikesalaisuuslakiin liittyvänä riskinä on, ettei franchisingkonseptiin kuuluva know how tai muu tieto täytä liikesalaisuuden määritelmää. Tämän vuoksi lakisääteistä suojaa on täydennettävä sopimusperusteisesti. Sopimuksessa sovituilla velvoitteilla pystytään myös täsmentämään ja vahvistamaan lakisääteistä suojaa yksityiskohtaisemmilla määräyksillä, kuten velvoitteella palauttaa liikesalaisuuksia sisältävä materiaali franchisingottajalla tai velvoitteella olla rekisteröimättä franchisingantajan toiminimeen tai tavaramerkkeihin sekoitettavissa olevia tunnuksia.

Tämänhetkinen suoja franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan on edellä esitetysti osittain puutteellinen, ja suojaa olisi mahdollista kehittää tulevaisuudessa. Suojaa franchisingkonseptin jäljittelyltä voitaisiin parantaa esimerkiksi säätämällä konseptin jäljittelyä koskeva erityinen säännös, jossa otettaisiin huomioon myös investointisuojan merkitys. Lakisääteistä suojaa voitaisiin kehittää myös esimerkiksi SopMenL:n 1 §:n yleislausekkeen suojamuotojen täsmentämisellä uuden oikeuskäytännön avulla. Tämä kuitenkin edellyttäisi useiden franchisingkonseptin jäljittelytapauksen ratkaisemista julkisissa oikeudenkäynneissä, jotta sopimaton franchisingkonseptin jäljittely vakiintuisi omaksi kvalifointiperusteekseen oikeuskäytännön kautta. Toinen vaihtoehto jäljittelysuojan parantamiseksi voisi olla myös franchisingsopimuksella saatavan sopimusoikeudellisen suojan kehittäminen. Erityistä sopimusohjausta ei ole annettu franchisingkonseptin suojaamisesta jäljittelyltä, ja nykyinen franchisingsopimuksia koskeva sopimusohjausraportti KTM 14/2002 ei ole yksityiskohtainen eikä termistöltään yhtenäinen. Tämän tutkielman seuraava kappale voikin osittain paikata tätä aukkoa, sillä seuraavaksi tarkastellaan ja systematisoidaan sopimusperusteisia keinoja suojata franchisingkonseptia jäljittelyltä.

4 Franchisingkonseptin sopimusperusteinen suoja *inter partes* franchisingottajan jäljittelyä vastaan

4.1 Franchisingsopimuksen sopimusoikeudellinen sääntely

Edellä kappaleessa 3 esitetyn perusteella lainsäädännöllistä suojaa franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan voidaan pitää puutteellisenä. Lainsäädännöllä ei pystytä tehokkaasti estämään franchisingkonseptin jäljittelyä, mutta suojaa voidaan tehostaa sopimusperusteisesti. Joskus franchisingottaja saattaa alusta lähtien liittyä franchisingtoimintaan mukaan hankkiakseen tietoa ja osaamista kilpailevan liiketoiminnan perustamiseen.²⁰² Näihin sopimuskumppanin luotettavuuteen liittyviin riskeihin on varauduttava jo franchisingjärjestelmää suunniteltaessa sekä erityisesti franchisingsopimusta laadittaessa.²⁰³ Sopimusteknisesti ajateltuna on kriittisen tärkeää sopia sopimuksessa niistä ehdoista, joilla franchisingkonseptin käyttöoikeus siirretään franchisingottajalle ja jotka määrittelevät käyttöoikeuden laajuutta ja voimassaoloa.

Franchisingsopimukseen sovelletaan erityislainsäädännön puuttuessa oikeustoimilakia ja sopimusoikeuden yleisiä oikeusperiaatteita. Sopimusvapauden periaatetta voidaan pitää kaikista tärkeimpänä franchisingsopimuksia koskevana periaatteena, koska Suomessa ei ole erityistä franchisingtoimintaa sääntelevää lainsäädäntöä. Sopimusvapautta voi kaiken kaikkiaan luonnehtia myös sopimusoikeuden tärkeimmäksi pääperiaatteeksi.²⁰⁴ Sopimusvapauden periaatteeseen katsotaan kuuluvan muun muassa tyyppivapauden, muotovapauden ja sisältövapauden periaatteet.²⁰⁵ Sopimusvapaus siis mahdollistaa sen, että osapuolet voivat vapaasti päättää sopimuksensa tyypin, muodon sekä sisällön. Franchisingsopimus onkin hyvä esimerkki tällaisesta vapaamuotoisesta sopimuksesta.

²⁰² Mattila ym. 1998, s. 65.

²⁰³ Ks. Mattila ym. 1998, s. 65 ja Rose 1991, s. 124. Rose painottaa tarvetta ennakoida riidat ja niiden seuraamukset jo franchisingsopimuksen laadintavaiheessa tai perustettaessa kansainvälistä franchisingketjua. Ennakoiva riskienhallinta ja sopimusrikkomusten ennaltaehkäisy ovat franchisingkonseptin jäljittelyn estämisessä keskiössä. Konfliktien ennaltaehkäisy onkin parempi vaihtoehto kuin jälkikäteisiin riidanratkaisukeinoin turvautuminen.

²⁰⁴ Muukkonen 1956, s. 602 ja Taxell 1987, s. 34. Vrt. Telaranta 1990, s. 12. Telaranta katsoo vielä laajemmin, että sopimusvapaus on myös tärkein itsemääräämisoikeuden muoto ja oikeusjärjestyksen suuria kulmakiviä.

²⁰⁵ Ks. Muukkonen 1956, s. 607–608. Muukkonen on jaotellut sopimusvapauden ulottuvuuksiksi päätäntävapauden, sopimuskumppanin valitsemisvapauden, tyyppivapauden, sisältövapauden, muotovapauden ja purkuvapauden. Ks. myös Hemmo 2003a, s. 75–76.

Franchisingsopimus on vakiintunut omaksi sopimustyyppikseen, vaikkakin sitä voidaan luonnehtia sekamuotoiseksi yhteistyö-, lisenssi- ja tiedonsiirtosopimukseksi.²⁰⁶ Franchisingsopimukselta ei edellytetä tiettyä määrämuotoa.²⁰⁷ Vapaamuotoisuudesta huolimatta on selvää, että laajasisältöinen ja huomattavia taloudellisia intressejä koskeva franchisingsopimus tulisi solmia aina kirjallisesti riitojen ja oikeudenmenetyksien välttämiseksi.²⁰⁸ Kirjallisen muodon lisäksi franchisingsopimukselta voidaan yleisesti edellyttää riittävää yksityiskohtaisuutta, selkeyttä sekä yksiselitteisyyttä.²⁰⁹ Yksityiskohtaisuuden mitoittaminen voidaan suhteuttaa sopimuksen sääntelykohteen merkittävyyteen ja riskitasoon. Mitä tärkeämmästä asiasta sopimuksen tavoitteiden täyttymiseksi on kyse, sitä yksityiskohtaisemmin asiasta tulisi määrätä sopimuksessa.²¹⁰ Lainsäädännön puuttuessa kattavan ja täsmällisen sopimuksen laatimisen tarve korostuu.²¹¹

Sisältövapauden periaatteen nojalla franchisingsopimuksen sisältö määrittyy sen mukaan, mitä osapuolet ovat sopineet. Sopimuksen olennaisen sisällön määrittämisessä voidaan käyttää apuna esimerkiksi SFY:n eettisiä sääntöjä.²¹² Franchisingsopimuksesta ei ole Suomessa varsinaista mallisopimusta, mutta esimerkkejä voidaan hakea Kansainvälisen kauppakamarin laatimasta kansainväliseen franchisingtoimintaan sovellettavasta mallisopimuksesta. Sen sisältöä vertaillaan seuraavaksi sopimuslausekkeiden analysoinnin yhteydessä. Sen sijaan iso puute on, että ICC:n mallisopimus kattaa vain tuotefranchisingin eikä palvelufranchisingia.²¹³ Mallisopimukset ovatkin tiiviitä ehtokokoelmia, joihin sisältyvät ehdot määritellään

²⁰⁶ Ks. Halila – Hemmo 2008, s. 25 ja 266 ja KTM 14/2002, s. 51. Myös Sohlberg 1993, s. 26–27. Sohlberg erottaa franchisingsopimukset sellaisenaan tarkasteltaviksi erityislaatuiseksi sui generis -sopimuksiksi. Vrt. vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa franchisingsopimus sekatyypisenä sopimuksena Nieminen 1995, s. 3 ja Mattila ym. 1998, s. 140. Nieminen luokittelee franchisingsopimuksen sekatyypiseksi sopimukseksi, joka muistuttaa suoritusvelvollisuuksiltaan muun muassa työsopimusta, yhtiösopimusta, agenttisopimusta ja huoneenvuokrasopimusta. Vrt. myös Lautjärvi – Tommila 1988, s. 22–23 ja 52. Tommilan mukaan franchising voidaan katsoa kehittyneimmäksi lisensoinnin lajiksi. Franchising eroaa lisensoinnista kuitenkin siinä, että lisensointiin ei yleensä kuulu markkinointia, liikkeenhallinnointia koskevan know how’n luovutusta, tukitoimenpiteitä eikä liiketoiminnan valvontaa.

²⁰⁷ Muotovapaus on pääsääntö velvoiteoikeudessa. Ks. Hakulinen 1965, s. 120 ja Halila – Hemmo 2008, s. 12.

²⁰⁸ Pääsääntönä voidaan pitää, että mitä suurempia taloudellisia intressejä sopimukseen liittyy, sitä korostuneempi on kirjallisen ja todisteellisen sopimisen merkitys. Ks. myös Hemmo 2005a, s. 88–90.

²⁰⁹ Ks. SFY:n eettiset säännöt kohta 5.3 ja 5.4. Eettisten sääntöjen kohdassa 5.3 mainitaan myös sopimuksen kieli, jonka suositeltaisiin olevan franchisingottajan kotimaan virallinen kieli tai muu kieli, jota franchisingottaja on vahvistanut ymmärtävänsä. Myös Sohlberg 1993, s. 24–25, Lautjärvi – Tommila 1988, s. 12 ja 24 sekä Mattila ym. 1998, s. 140.

²¹⁰ Ks. lähemmin sopimuksen yksityiskohtaisuudesta riskitason hallinnassa Hemmo 2005a, s. 25–31.

²¹¹ KTM 14/2002, s. 15.

²¹² SFY:n eettisten sääntöjen johdannon mukaan eettisten sääntöjen tavoitteena on määrittää hyvää tapaa franchisingalalla ja yleisesti ohjata franchisingtoimintaa. Siten niiden sisällöstä voidaan ottaa mallia ja arvioida franchisingsopimuksen tyypillistä sisältöä.

²¹³ Ks. ICC:n mallisopimus, s. 6–7.

suhteellisen korkealla abstraktitasolla. Tämän vuoksi mallisopimuksia on välttämätöntä täsmentää ja täydentää yksittäistapauksiin soveltuvaksi.

Sopimusvapaus ei ole ehdoton periaate ja yksityisautonomialla on rajansa. Sopimusvapautta rajoittaa sopimusoikeudellinen kehys, jonka perustarkoituksena on ehkäistä sopimusosapuolen opportunistista käyttäytymistä.²¹⁴ Sopimusvapautta rajoittavat esimerkiksi heikomman suojaa, kilpailunvapautta ja muita julkisia intressejä turvaavat pakottavat säännökset. Franchisingsopimukseen liittyviä sopimusvapauden rajoituksia tarkastellaan tarkemmin yksittäisen sopimuslausekkeiden osalta sekä 5. kappaleessa franchisingsopimuksen kohtuullistamisesta. Seuraavaksi systematisoidaan franchisingsopimukseen otettavia tyypillisiä ehtoja, joilla voidaan ennakollisesti varautua ja estää entistä franchisingottajaa jäljittelemästä liiketoimintakonseptia franchisingsuhteen päätyttyä.

4.2 Lojaliteettivelvollisuus franchisingsopimuksessa

Lojaliteettiperiaate ja sitä ilmentävä lojaliteettivelvollisuus ovat franchisingsopimuksiin vahvasti soveltuvia oikeusperiaatteita.²¹⁵ Lojaliteettiperiaatteen tarkastelua tämän tutkielman yhteydessä puoltaa se, ettei franchisingkonseptin jäljittelyä voida pitää lojaalina toimintana oikeudellisesti tai yleiskielen mukaisesti. Lojaliteettivelvollisuuden nojalla osapuolen on otettava huomioon vastapuolen edut kohtuullisissa määrin ilman, että omat sopimusperusteiset oikeudet vaarantuvat kohtuuttoman paljon.²¹⁶ Oikeuskirjallisuudessa lojaliteettiperiaatteen on katsottu olevan suppeassa muodossa shikaanikiellon kaltainen, passiivinen velvoite pidättäytyä toisen etujen loukkaamisesta tai jopa aktiivinen velvoite toimia toisen eduksi.²¹⁷ Lojaliteettivelvollisuus ilmenee käytännössä erilaisina velvollisuuksina vastapuolta kohtaan

²¹⁴ Ks. Mähönen 2007, s. 264.

²¹⁵ Esimerkiksi Nieminen 1995, s. 45. Niemisen mukaan toinen franchisingsopimukseen vahvasti soveltuva oikeusperiaate on tiedonantovelvollisuus, joka soveltuu usein yhteystoimintasuhteiden sääntelyyn.

²¹⁶ Tieva 2006, s. 246. Ks. myös Halila – Hemmo 2008, s. 10–11 lojaliteettiperiaatteesta keustosopimuksissa.

²¹⁷ Halila – Hemmo 2008, s. 11–12. Vrt. Muukkonen 1993, s. 1046. Muukkosen näkemyksen mukaan lojaliteettiperiaate ulottuu toisen osapuolen edun huomioon ottamisen lisäksi toisen edun valvomiseen.

riippuen sopimustyyppistä ja -tilanteesta.²¹⁸ Franchisingsuhteessa lojaliteettivelvollisuus voi konkretisoitua esimerkiksi liikesalaisuuksia koskevana vaitiolovelvollisuutena.²¹⁹

Lojaliteettiperiaatteen on katsottu olevan franchisingsopimuksen olennainen osa (niin sanottu *essentialia negotii* tai *obligatio naturalis*) jopa ilman nimenomaista sopimuslauseketta.²²⁰ Tähän on helppo yhtyä, kun otetaan huomioon franchisingsopimuksen luonne pitkäkestoisena ja tiivistä yhteistoimintaa sääntelevänä sopimuksena.²²¹ Lojaliteettivelvollisuuden vakiintuneen aseman franchisingsuhteissa voi todeta myös oikeuskäytännön perusteella, koska sille on annettu painoarvoa franchisingsopimuksia koskevissa riidoissa.²²² Lojaliteettiperiaate sisältyy myös franchisingalan eettisiin sääntöihin.²²³ Lojaliteettiperiaate määrittää franchisingantajan ja franchisingottajan välistä suhdetta sekä on voimassa myös ketjun sisällä kaikkien franchisingottajien välillä.²²⁴ Ajallisesti lojaliteettiperiaate soveltuu sopimusneuvotteluvaiheen ja sopimussuhteen lisäksi myös sopimuksen päättämisen aikaan.²²⁵ Tievan mukaan varsinkin pitkäkestoisissa sopimussuhteissa lojaliteettiperiaatteella on merkitystä sopimuksen päättymisen jälkeenkin. Sopimusosapuolilta voidaan esimerkiksi vaatia, että osapuolet noudattavat salassapitovelvoitteita taikka eivät muutoin loukkaa entisen

²¹⁸ Taxell 1977, s. 149. Ks. lojaliteettiperiaatteen ilmentymistä Ämmälä 1994, s. 10–16 sekä Nieminen 1995, s. 49. Nieminen katsoo, että lojaliteettiperiaate voi ilmetä esimerkiksi tiedonantovelvollisuutena, ilmoitusvelvollisuutena, reklamaatiovelvollisuutena, myötävaikutusvelvollisuutena, uskollisuusvelvollisuutena tai sopimuksen noudattamisvelvollisuutena. Vrt. Vapaavuori 2019, s. 464. Vapaavuoren mukaan salassapitovelvoite voi ilmetä osapuolten välistä lojaliteettivelvollisuutta. Vrt. myös Huhtamäki 2014, s. 192. Erityisesti luottamuksellisen tiedon hyödyntämiskiellon rikkominen ilmentää Huhtamäen mukaan usein jonkinasteista lojaliteettivelvollisuuden laiminlyöntiä.

²¹⁹ Vrt. Sohlberg 1993, s. 72–73. Sohlberg katsoo lojaliteetin liittyvän franchisingsuhteessa enemmänkin riitojen ratkaisun tapaan.

²²⁰ Bygglin 1978, s. 137. Myös Ämmälä 1994, s. 23–24 ja Nieminen 1995, s. 47.

²²¹ Oikeuskirjallisuudessa lojaliteettiperiaatteen on todettu soveltuvan parhaiten pitkäkestoisiin sopimuksiin sekä yhteistyösopimuksiin. Lojaliteettivelvollisuudella on sitä isompi painoarvo, mitä enemmän yhteistyötä ja luottamusta osapuolten sopimussuhteeseen sisältyy. Ks. esimerkiksi Ämmälä 1994, s. 18, Nieminen 1995, s. 45 ja Tieva 2006, s. 247. Vrt. Muukkonen 1993, s. 1046. Muukkosen mukaan mitä enemmän yhteistyötä ja luottamusta sopimussuhteeseen sisältyy, sitä ankarammaksi kohtuullisen lojaliteetin vaatimus muuttuu.

²²² Ks. esimerkiksi HHO 9.3.1999 nro 563, HHO 24.1.1985 nro 99 sekä HHO 23.12.1998 nro 3908. Ensimmäiseksi mainitussa tapauksessa sovittelu ei tullut kysymykseen, koska Kotipizza-ketjun franchisingyrittäjä oli ollut tietoinen sopimuksen velvoitteista.

²²³ Esimerkiksi SFY:n eettiset säännöt kohta 2.4.2, 2.3.1 ja 2.3.4 sekä WFC:n eettiset säännöt kohta IV.

²²⁴ Franchisingottajien välillä on myös lojaliteettivelvollisuus, sillä jokaisen franchisingottajan käytös vaikuttaa koko ketjuun ja siten kaikkiin muihin franchisingottajiin. Jos esimerkiksi ketjun maine kärsii yhden franchisingottajan sooloilun vuoksi, maineenmenetyksestä kärsivät kaikki ketjun jäsenet esimerkiksi asiakasmäärän ja myyntitulojen vähennyksenä. Myös eettisissä säännöissä on nimenomaisesti mainittu lojaliteettivelvollisuus, joka on kohdennettu turvaamaan sekä franchisingantajaa että muita franchisingottajia. Ks. SFY:n eettiset säännöt kohta 2.3.1 ja 2.3.4.

²²⁵ Ks. Halila 1981, s. 47 ja Muukkonen 1993, s. 1045. Muukkonen on Halilan tavoin erottanut sopimuksentekovaiheen neuvottelulojaliteetin ja sopimuksen syntymisen jälkeisen lojaliteettivelvollisuuden toisistaan.

sopimuskumppaninsa etua.²²⁶ Näin ollen lojaliteettiperiaate voisi salassapitovelvollisuuden ohella vahvistaa myös franchisingisopimukseen otettua franchisingkonseptin jäljittelykieltoa, jolla on suuri merkitys erityisesti franchisingisopimuksen päättymisen jälkeisenä aikana. Toisinaan lojaliteettivelvoite kirjataan sellaisenaan osaksi sopimusta, jos lojaliteettiperiaatteen merkitystä halutaan vielä erikseen korostaa.²²⁷

Lojaliteettivelvollisuudella on vakiintunut asema suomalaisessa sopimusoikeudessa ja se on tunnustettu sopimusoikeudelliseksi periaatteeksi.²²⁸ Lojaliteettivelvoitteen rikkominen on katsottu jopa sopimusrikkomukseksi, joka johtaa sopimusperusteiseen vahingonkorvaukseen.²²⁹ Halilan mukaan seuraamukset ovat siis samansuuntaisia kuin sopimuksen päävelvoitteiden rikkomisesta.²³⁰ Lojaliteettiperiaate voi mahdollisesti vahvistaa sopimusvastuun toteutumista, mikäli sopimukseen kirjattua salassapitovelvoitetta taikka franchisingkonseptin hyödyntämis- tai jäljittelykieltoa rikotaan.

4.3 Velvollisuus olla jäljittelemättä franchisingkonseptia

4.3.1 Jäljittelykielto franchisingisopimuksissa

Oikeuskirjallisuudessa on yleensä kiinnitetty huomiota lähinnä franchisingkonseptin käytön kieltämiseen franchisingisopimuksen päättymisen jälkeen.²³¹ ”Konseptin käyttäminen” viittaa suppeassa mielessä enemmänkin konseptin sopimattomaan käyttämiseen sellaisenaan, ei niinkään muutettuna tai muutoin jäljiteltynä. Näin ollen on mahdollista erottaa vielä omaksi kysymyksekseen sopimusmääräyksen olla nimenomaisesti *jäljittelemättä* konseptia.

²²⁶ Tieva 2006, s. 248.

²²⁷ Ks. Muukkonen 1993, s. 1035. Muukkonen mukaan sopimukseen on voitu ottaa esimerkiksi seuraavanlainen lauseke: ”Sopijapuolet sitoutuvat toimimaan kaikessa tätä sopimusta koskevassa lojaalisti kummankin sopijapuolen intressit kohtuullisesti huomioon ottaen.”

²²⁸ Muukkonen 1993, s. 1032 ja 1041–1048. Oikeuskäytännössä esimerkiksi KKO 2016:13 sekä HHO 24.1.1985 nro 99. Vrt. Taxell 1972, s. 73. Taxell ei katso lojaliteettivelvollisuutta pelkästään siviilioikeudellisena periaatteena, vaan katsoo sillä olevan yleisen oikeusperiaatteen asema.

²²⁹ Esimerkiksi Taxell 1972, s. 82, Bygglin 1978, s. 138, Muukkonen 1993, s. 1047 ja Bernitz 2017, s. 415 ja 393.
²³⁰ Halila 1981, s. 44. Sopimusrikkomuksista tarkemmin Taxell 1972, s. 171–480. Vrt. Saarnilehto ym. 2012, s. 135.

²³¹ Laakso 1998, s. 137. Laakson mukaan franchisingisopimukseen otetaan yleensä hyvin tiukat ehdot, jotka liittyvät sopimuksen jälkeiseen toimintaan. Franchisingantaja on yleensä oikeutettu kieltämään franchisingottajaa hyödyntämästä konseptia sopimuskauden jälkeen. Ks. myös ICC:n mallisopimus, s. 39. Mallisopimuksen kohdan 27.2 mukaan sopimuksen päättyessä franchisingottajan tulee välittömästi lopettaa muun muassa konseptin (*system*) käyttäminen.

Franchisingkonseptin jäljittelyn kieltävää velvoitetta ei ole listattu oikeuskirjallisuudessa esitetyille tarkistuslistoille tai otettu mukaan ICC:n mallisopimukseen.²³² Kieltoa jäljitellä franchisingkonseptia ei ole sisällytetty myöskään eettisiin sääntöihin lukuun ottamatta Kreikan franchisingyhdistyksen eettisiä sääntöjä. Näiden sääntöjen mukaan yhdistyksen jäsenet eivät saa jäljitellä toisen franchisingantajan franchisingkonseptia siten, että se voisi aiheuttaa erehtymistä tai harhaanjohtamista.²³³ Koska tämä määräys puuttuu SFY:n eettisistä säännöistä, Suomessa jäljittelykieltoa ei voida johtaa franchisingalan hyvästä tavasta. Tätä lähtökohtaa tukee myös se, että haastateltujen suomalaisten franchisingasiantuntijoiden kokemuksen mukaan jäljittelykielto ei ole tyypillinen sopimusmääräys franchisingosopimuksissa.²³⁴

Mielenkiintoista on, että puolestaan Parivodićin oikeusvertailevan tutkimuksen mukaan franchisingosopimukset sisältävät tyypillisesti määräyksen olla jäljittelemättä franchisingkonseptia tai sen osaa tulevassa liiketoiminnassa, joka kilpailee franchisingantajan kanssa.²³⁵ Parivodić ei kuitenkaan täsmennä tarkemmin tällaisen määräyksen muotoilua tai mahdollisesti tehtyjä rajoituksia. Näin ollen epäselväksi jää, kuinka laajasta ja tehokkaasta sopimusvelvoitteesta onkaan kyse hänen viittaamissaan tapauksissa. Todettakoon, että Parivodićin ilmaisun ”[n]ot to imitate the system” voi tulkita viittaavan suppeassa mielessä franchisingkonseptiin tai laajemmassa mielessä koko franchisingjärjestelmään, johon franchisingkonsepti kuitenkin sisältyy. Tässä tutkielmassa käsite ”system” tulkitaan kuitenkin nimenomaan franchisingkonseptiin viittaavaksi, mikä ilmenee myöskin Fernlundin tutkimuksen käsitteiden analyysistä.²³⁶

²³² Tarkistuslistat ja ICC:n mallisopimus sisältävät sen sijaan vakiintuneesti määräykset muun muassa salassapidosta, kilpailukiellosta, materiaalien palautusvelvollisuudesta sekä immateriaalioikeuksien käyttöoikeuksien lakkaamisesta. Vrt. DCFR, jossa ei ole mainittu mitään näistä. DCFR keskittyy enemmänkin franchisingantajan tiedonantovelvollisuuteen ennen sopimussuhdetta sekä franchisingosopimuksen aikaisiin velvoitteisiin.

²³³ EFF 2003, s. 15. Kreikan maakohtaisessa poikkeamassa todetaan seuraavasti: ”No member of the Franchise Association of Greece shall imitate the trademark, *system*, trade name, corporate identity, slogan or other mark of identification of another Franchisor in any manner or form that would have the tendency or capacity to mislead or deceive.” Kursivointi kirjoittajan. Vrt. SFY:n, EFF:n ja WFC:n eettiset säännöt, joissa kiellot liittyvät yleensä vain franchisingantajan know how’n ja luottamuksellisen tiedon käyttöön. Vrt. IFA:n eettiset säännöt, joiden mukaan: ”Each party will fulfill its obligations, will act consistently with the interests of the brand, and will not act so as to harm the brand and system.”

²³⁴ Elo 25.3.2020, Krook 12.3.2020, Laakso 19.3.2020 ja Norrgård 30.3.2020.

²³⁵ Parivodić 2009, s. 17. Parivodićin tutkimuksen perusta on serbialainen laki, jota hän vertaa Yhdysvaltojen, Ranskan, Saksan, Italian, Itävallan, Belgian, Sveitsin ja Japanin oikeusjärjestelmiin, ks. s. 1. Erityisesti neljää ensiksi mainittua maata voidaan pitää merkittävänä franchisingtoiminnan kannalta.

²³⁶ Ks. käsitteiden määrittämisestä tutkielman kappale 2.1 sekä Fernlund 2018, s. 49.

Myös Krook on todennut Parivodićin kaltaisesti, että amerikkalaisperäisissä ketjusopimuksissa franchisingjärjestelmiä suojaavia lausekkeita, kuten franchisingjärjestelmän jäljittelykieltoja, nähdään jossain määrin.²³⁷ Asiaa havainnollistavat muutamit saadut esimerkkilausekkeet franchisingsopimuksista. Lausekkeet on hieman yksinkertaistaen muotoiltu seuraavasti:

Esimerkki 1: *Franchisee must not, and must ensure that their Affiliates do not during the Term of this Agreement or after its expiration or termination, directly or indirectly engage in the operation of any restaurant, except as licensed by Franchisor, which utilizes or duplicates the whole or any part of the System or any Confidential Information.*

Esimerkki 2: *At no time during or after the term of this Agreement (except at authorized Stores in accordance with the terms and conditions of this Agreement) shall Licensee use, in connection with the operation of any business wherever located, the System, any Trademark, any part of the Technology and Know-How, or any Confidential Information, or cause or permit any such business to imitate the System or to be operated in a manner tending to have such effect.*

Ensimmäinen esimerkkilauseke kieltää franchisingkonseptin hyödyntämisen lisäksi koko franchisingkonseptin tai sen osan kopioimisen. Sen sijaan toisessa esimerkkilausekkeessa kielletään franchisingkonseptiin kohdistuva jäljittely, ja lauseke muistuttaakin enemmän Parivodićin luetteloimaa lauseketta. Jäljittelyn voidaan katsoa olevan hieman laajempi käsite kuin kopioinnin, mikäli kopiointi tarkoittaa kopioitavan objektin käyttämistä sellaisenaan ja jäljittely puolestaan jäljitellyn objektin käyttämistä vähäisin muutoksin. Franchisingkonseptiin kohdistuva kopiointikielto ja jäljittelykielto ovatkin hyvin lähellä toisiaan, elleivät jopa asiallisesti täysin samanlaisia velvoitteita. Niillä molemmilla pystytään joka tapauksessa ennaltaehkäisemään franchisingkonseptin jäljittelyä.

Todettakoon, että vaikka tätä tutkielmaa varten haastatellut franchisingasiantuntijat eivät ole törmänneet franchisingkonseptin jäljittelykieltoon varsinkaan kotimaisissa franchisingsopimuksissa, he eivät näe varsinaisia esteitäkään jäljittelykiellon ottamiselle franchisingsopimukseen. Osa heistä katsoisi sen jopa hyödyllisesti korostavan franchisingantajan tavoitetta suojata franchisingkonseptia jäljittelyltä. Tutkielman

²³⁷ Krook 12.3.2020.

asiantuntijahaastattelujen perusteella haasteita kuitenkin aiheutuisi jäljittelykiellon määrittelemisestä ja velvoitteen tarvittavasta rajaamisesta.²³⁸ Näin ollen on lähdeittä tarkastelemaan sopimusmääräystä jäljittelykiellosta Suomen sopimusoikeuden näkökulmasta käsin. Kysymyksenä on, kuinka vahva tällainen sopimusmääräys on sekä mitä sen rikkomisesta seuraisi. Voidaan myös miettiä, onko sopimusmääräys ylipäättään pätevä, vaikka sopimusoikeudellisena lähtökohtana onkin oikeus päättää vapaasti sopimukseen otettavista määräyksistä. Lisäksi jäljittelykieltoon liittyviä kohtuullisuusnäkökulmia pohditaan tarkemmin myöhemmin kappaleessa 5.

4.3.2 Jäljittelykiellon asemasta negatiivisena velvoitteena

Jäljittelykielto lukeutuisi negatiivisten velvoitteiden ryhmään, johon kuuluvat muun muassa myös kilpailukiello ja salassapitovelvollisuus. Jäljittelykiellon kohteena oleva kielletty toiminta tulisi yksilöidä mahdollisimman huolellisesti, koska negatiivisia velvoitteita tulkitaan supistavasti epäselvyystilanteissa.²³⁹ Negatiivisia velvoitteita voidaan tulkita myös supistavasti perusoikeusmyönteisen tulkinnan perusteella, jos velvoite rajoittaa esimerkiksi franchisingottajan perustuslain 18 §:n mukaista elinkeinovapautta. Jäljittelykiellon osalta riskinä on, että sen tavoitteeksi saatettaisiin tulkita yksinoikeuden muodostaminen franchisingantajan konseptille, jolla yritettäisiin syrjäyttää elinkeino- ja kilpailuvapaudesta johtuva jäljittelyvapaus ja ohittaa yksinoikeuslakien vaatimukset. Selvää on, ettei jäljittelykiellolla tule eikä voi estää entistä franchisingottajaa harjoittamasta franchisingketjun kanssa samanlaista liiketoimintaa. Jäljittelykiellon asianmukainen määrittely vähentäisi riskiä elinkeinovapauden rajoittumisesta, jos kielto olisi suhteellisen tarkasti rajattu koskemaan vain tietyn sopimuksessa yksilöidyn franchisingkonseptin jäljittelymenettelyä ja jäljittelyltä edellytettäisiin tiettyä vakavuutta ja ennalta määriteltyjen kriteereiden täyttymistä. Lisäksi perusoikeusnäkökulmasta vastakkaisena väitteenä voisi esittää PL 15 §:n omaisuuden suojan turvaamisen franchisingantajan kehittämille liikesalaisuuksille ja arvokkaalle franchisingkonseptin kokonaisuudelle. Esimerkiksi tekijänoikeuslain 49 §:n mukainen tietokantasuoja turvaa inhimillistä, teknistä ja taloudellista panostusta. Voidaankin pohtia, miksei vastaavasti franchisingkonseptin kehitystyöhön investoitua aikaa ja taloudellista panosta voitaisi suojata oikeudettomalta hyväksikäytöltä.

²³⁸ Elo 25.3.2020, Krook 12.3.2020, Laakso 19.3.2020 ja Norrgård 30.3.2020.

²³⁹ Ks. Norros 2018, s. 169 sekä Hemmo 2005a, s. 319. Tosin Norros huomauttaa, että supistavaa tulkintaa ei tulisi ylikorostaa, vaan ensisijaisesti tulkinnassa tulisi selvittää osapuolten tarkoitus.

Ongelmia voisi käytännössä kuitenkin aiheutua sopimuksen tarkoittaman kielletyn jäljittelyn tunnistamisesta sekä rajanvedosta täysin uuden elinkeinotoiminnan ja franchisingkonseptia jäljittelevän elinkeinotoiminnan välillä. Osapuolet voisivat ajautua erimielisyyteen siitä, onko franchisingottaja syylistynyt sopimuksen kieltämään jäljittelyyn vai harjoittanut pelkästään uutta toimintaansa käyttäen itse hankkimaansa ammattitaitoa ja know how'ta. Riidanalaisen menettelyn arvioimisessa voitaisiin käyttää arviointiperusteena esimerkiksi sitä, syntykö kohderyhmälle mielikuva kaupallisesta yhteydestä osapuolten välillä tai saako jäljitelmä oikeudetonta hyötyä franchisingantajan tunnetun franchisingkonseptin maineesta.²⁴⁰ Voitaisiin myös todeta, että mitä laajemmasta ja mitä useammasta franchisingkonseptin osasta koskevasta mukailusta on kyse, sitä todennäköisemmin menettely katsottaisiin sopimuksen tarkoittamaksi jäljittelyksi. Lisäksi jäljittelykiellon osalta keskeistä olisi pystyä määrittelemään tarkasti franchisingantajan franchisingkonsepti, johon jäljittelykielto kohdistuu. Mitä yksityiskohtaisemmin franchisingkonsepti ja sen suojattavat osat yksilöitäisiin sopimuksessa, sitä helpompi olisi verrata alkuperäistä konseptia ja mahdollista jäljitelmää sekä näin ollen todeta kielletty menettely.

Jäljittelykiellon etuna voisi olla se, että sen avulla pystyttäisiin tehokkaasti torjumaan vilpillisesti kilpailevaa toimintaa franchisingosopimukseen otetun kilpailukiellon päättymisen jälkeen. Kuten kappaleessa 4.5 tarkemmin todetaan, kilpailukielto voi olla voimassa enintään yhden vuoden sopimuksen päättymisen jälkeen. Tämän jälkeen ketjusta eronnut franchisingottaja voi vapaasti alkaa harjoittaa kilpailevaa toimintaa, jopa mahdollisesti franchisingkonseptin kilpailuvaltteja hyödyntäen. Nimenomainen jäljittelykielto estäisi vilpillisen toiminnan, muttei kuitenkaan kohtuuttomasti rajoittaisi entisen franchisingottajan uusia mahdollisuuksia harjoittaa elinkeinotoimintaa. Sen vaikutus franchisingottajan elinkeinovapauteen olisi siis pienempi ja näin ollen jäljittelykielto voisi nähdäkseni olla ajallisesti pitempään voimassa kuin kilpailukielto. Myös Norrgård on katsonut, että jäljittelykielto olisi kannattavaa lisätä sopimukseen siinä tapauksessa, mikäli jäljittelykieltoa arvioitaisiin kilpailuoikeudellisesti lempeämmin ja sille sallittaisiin pidempi voimassaoloaika kuin kilpailukiellolle.²⁴¹ Toiseksi jäljittelykiellon etuna olisi se, että sillä pystyttäisiin suojaamaan myös mahdollisesti franchisingketjun toimipisteen sisustusta sekä

²⁴⁰ Vrt. SopMenL:n mukainen maineen norkkiminen tai orjallinen jäljittely.

²⁴¹ Norrgård 30.3.2020.

liiketoimintaideaa suojaamalla franchisingkonseptia kokonaisuutena, joita olisi hankala suojata muiden sopimuslausekkeiden tai lakien kautta.

Negatiivisia velvoitteita tehostetaan usein sopimussakolla, jota tarkastellaan tarkemmin kappaleessa 4.7. Ilman sopimussakkolauseketta sopimusvelvoitteen rikkominen synnyttää joka tapauksessa sopimukseen perustuvan vahingonkorvausvelvollisuuden. Sopimussakon tehostevaikutuksen ohella negatiivisen velvoitteen noudattaminen voidaan toisaalta pyrkiä varmistamaan tuomioistuimen määräämällä uhkasakolla, ja franchisingottaja voidaan myös pakottaa noudattamaan velvoitetta kieltotuomiolla ulosottokaaren (15.6.2007/705) 7 luvun 16 §:n perusteella.²⁴² Tehostevaikutuksen saaminen jäljittelykiellolle olisi kuitenkin tarkoituksenmukaisempaa toteuttaa sopimussakolla, sillä sopimussakon suorittaminen ei edellytä pitkäkestoisen tuomioistuinmenettelyn vireillepanoa, ellei sopimussakkolausekkeesta aiheudu muuten riitaa.

4.3.3 Jäljittelykiellon pätevyys

Velvoitteeseen olla jäljittelemättä franchisingkonseptia liittyy sitovuusriski. Hemmon mukaan sitovuusriskistä on kyse, kun sopimus vastoin ennakko-odotuksia jää sitomattomaksi esimerkiksi kilpailuoikeuden vastaisena.²⁴³ On arvioitava, voisiko sopimusmääräys franchisingkonseptin jäljittelyn kieltämisestä muodostua osapätemättömäksi joissakin tapauksissa.²⁴⁴ Tällöin pätemätön jäljittelykielto olisi vastapuolta sitomaton ja tämä voisi jättää sopimusmääräyksen noudattamatta ilman seuraamuksia. Vakiintuneen näkemyksen mukaan pätevä sopimus ei voi olla sisällöltään lain tai hyvien tapojen vastainen.²⁴⁵ Kyseessä on tällöin korjaantumattomista pätemättömyysperusteista.²⁴⁶ Lainvastaisuus on erityisesti ongelma silloin, kun kyse on pakottavien säännösten vastaisesta sopimuksesta. Sopimusvapauden käyttöä rajoittaa yhä enemmän kilpailuoikeus, ja kilpailuoikeudellisesta pätemättömyydestä onkin tullut keskeinen sopimusriski.²⁴⁷ Oikeuskirjallisuudessa pidetään ongelmallisena sopimuksen osapätemättömyyttä silloin, kun yksittäisen sopimuslausekkeen pätemättömyys

²⁴² Ks. suoritusvelvollisuuden laiminlyönnistä myös Hakulinen 1965, s. 51 ja 52.

²⁴³ Ks. Hemmo 2005a, s. 13.

²⁴⁴ Yksittäisen sopimusmääräyksen pätemättömyys ei johda koko sopimuksen kokonaispätemättömyyteen, vaan kyse on osapätemättömyydestä.

²⁴⁵ Telaranta 1990, s. 250–251. Suomessa ei ole erillistä normia, joka kieltäisi oikeustoimea olemasta lain ja hyvän tavan vastainen, vaan näkemys perustuu yksittäisistä säännöksistä saatuun käsitykseen.

²⁴⁶ Ks. kahtiajaosta lopulliseen ja korjauskelpoiseen pätemättömyyteen Hemmo 2003a, s. 310–314.

²⁴⁷ Hemmo 2005a, s. 18 ja 127.

saa sopimuksen taloudellisen logiikan ja sopimusvelvoitteiden tasapainon vääristymään.²⁴⁸ Tämän vuoksi niin sanotusti harmaalle alueelle sijoittuvien sopimusehtojen kilpailuoikeudellinen pätevyys on arvioitava huolellisesti.²⁴⁹ Voidaan pohtia, minkälaisia kilpailuoikeudellisia vaikutuksia jäljittelykiellolla olisi ja voisiko jäljittelykiellon jopa katsoa kilpailukieltola muistuttavaksi toimintarajoitukseksi, joka voisi vaikuttaa franchisingottajan toimeentulomahdollisuuksiin.²⁵⁰ Jäljittelyhän on lähtökohtaisesti sallittua kilpailunvapauden periaatteen nojalla, ja jäljittelykielto vähentäisi erityisesti franchisingantajan ja franchisingottajan välistä kilpailua.

Jäljittelykiellon kilpailuoikeudellinen arviointi voisi muistuttaa niin sanotun *non-affiliation* -lausekkeen arvioimista. Eurooppalaisessa franchisingin edelläkävijämaassa Ranskassa *non-affiliation* -lausekkeen pätevyyttä arvioidaan samalla tavalla kuin kilpailukiellon pätevyyttä. Lausekkeen tarkoituksena on estää franchisingottajaa liittymästä uuteen franchisingketjuun tietyn ajan sisällä franchisingosopimuksen päättymisen jälkeen. Ranskassa *non-affiliation* -lausekkeen on oltava ajallisesti ja maantieteellisesti rajattu, se ei saa estää franchisingottajaa harjoittamasta identtistä liiketoimintaa sekä sen on oltava tarpeellinen franchisingottajan maineen, identiteetin tai muun intressin suojelemiseksi.²⁵¹ Arviointiperusteet ovat lähes samanlaiset kuin Suomessa kilpailukiellon hyväksyttävyyden kriteerit, joita analysoidaan jäljempänä kappaleessa 4.5. Jos siis franchisingkonseptin jäljittelykieltola arvioitaisiin samoin kuin kilpailukieltola, Suomen lain mukaisesti sopimusmääräyksen tulisi olla välttämätön

²⁴⁸ Hemmo 2005a, s. 127 ja Alkio – Wik 2009, s. 844. Ks. myös Hemmo 2005a, s. 349–350. Tavallisesti osapätämättömyyteen voidaan varautua ottamalla sopimukseen lauseke, jonka perusteella osapätämättömyys käynnistää sopimuksen uudelleenneuvottelu- ja täydentämisvelvoitteen alkuperäisen sopimustasapainon palauttamiseksi. Hemmo kuitenkin korostaa, ettei sopimuksen tasapainottamisella voida kiertää kilpailulain tai muun julkisen edun vastaisesta lausekkeesta johtuvaa osapätämättömyyttä.

²⁴⁹ Ks. Hemmo 2005a, s. 127. Ks. myös Saarnilehto – Annola 2018, s. 140. Saarnilehdon mukaan lainvastaisten oikeustoimien lisäksi myös lain kiertämiseksi tehdyt sopimukset saattavat osoittautua pätemättömiksi. Tämäkin vahvistaa käsitystä, että niin sanotulle harmaalle alueelle jäävät sopimusehdot on syytä analysoida tarkasti, koska pelkästään se, ettei sopimusehto ole lainvastainen ei tarkoita, etteikö sopimusehto voisi olla pätemätön.

²⁵⁰ Vrt. Norrgård 30.3.2020. Norrgård on mennyt tässä vielä pidemmälle ja kyseenalaistanut, että ”onko jäljittelykielto oikeastaan mitään muuta kuin vähän tarkemmin määritelty kilpailukielto”. Hän on korostanut, että sopimuksessa tulisi määrittää jäljittelykiellon ja kilpailukiellon suhde toisiinsa, koska riskinä voi olla, että kaikkiin jäljittelytapauksiin sovellettaisiinkin ainoastaan jäljittelylauseketta eikä lainkaan yleistä kilpailukieltolauseketta. Norrgård on katsonut ongelman ratkaisuksi sen, että lausekkeet muotoillaan siten, että jäljittelykieltola ja kilpailukieltola voidaan soveltaa samanaikaisesti. Olen itsekin ajatellut lausekkeitä sovellettavan käytännössä rinnakkain siten, etteivät ne sulje pois toistensa soveltamista. Velvoitteiden rinnakkaista soveltamista perustelea erityisesti se, etten katso jäljittelykiellon ja kilpailukiellon olevan täysin päällekkäisiä velvoitteita, koska jäljittelykiellolla ei tavoitella pääasiallisesti kilpailevan toiminnan estämistä vaan pelkästään franchisingantajan franchisingkonseptia oikeudettomasti hyödyntävän jäljittelymenettelyn torjumista.

²⁵¹ Ks. Campbell 2007, s. 178. *Non-affiliation* -lausekkeen edellytykset on vahvistettu Ranskan kassaatiotuomioistuimen oikeuskäytännössä.

franchisingkonseptin suojaamiseksi sekä tarpeeksi rajattu alueellisesti ja ajallisesti.²⁵² Näistä kriteereistä voidaan nähdä ongelmalliseksi varsinkin se, millainen olisi jäljittelykiellon sallittu voimassaoloaika. Hyväksyttävänä voidaan pitää sitä, että franchisingantajalla on oikeus kieltää franchisingkonseptin jäljittely franchisingsuhteen aikana. Franchisingsopimuksen aikaista franchisingkonseptin jäljittelyä on pidetty oikeuskirjallisuudessa myös hyväksyttävänä perusteena franchisingsopimuksen päättämiseen.²⁵³ Sen sijaan on hankalampi arvioida, mikä olisi jäljittelykiellon hyväksyttävä voimassaoloaika franchisingsopimuksen päättymisen jälkeen. Ainakin kilpailukiellolle asetettavasta yhden vuoden määräajasta olisi mahdollista joustaa, koska jäljittelykielto ei estä franchisingottajaa yhtä laajasti harjoittamasta mitään liiketoimintaa samalla alalla. Jäljittelykiellollahan pyritään torjumaan vain sellainen samankaltainen liiketoiminta, jossa on oikeudettomasti hyödynnetty franchisingkonseptin good will -arvoa jäljittelemällä franchisingkonseptin erilaisia elementtejä. Jäljittelykielto on asiallisesti suppeampi kuin jäljittelykielto, mikä voisi kompensoida ajallista laajuutta. Täsmällisen vastauksen antaminen edellyttäisi kuitenkin vielä syvällisempää kilpailuoikeuden analyysia ja intressipunnintaa, johon ei ole mahdollista paneutua tämän tutkielman puitteissa.

Lainvastaisuuden ohella myös hyvän tavan vastainen oikeustoimi on mitätön.²⁵⁴ Hyvän tavan vastaisuutta arvioidaan objektiivisesti,²⁵⁵ ja franchisingalalla eettiset säännöt voivat muodostaa hyvän tavan käytäntöä. SFY:n eettiset säännöt eivät sisällä jäljittelykieltoa, mutta tämän ei voida katsoa tarkoittavan, että eettisiä sääntöjä laajemmin suojaava sopimusmääräys olisi hyvän tavan vastainen.²⁵⁶ Hyvän tavan vastaiseksi katsotaan sellaiset ehdot, jotka rajoittavat toisen perusoikeuksia rajoittamattoman ajan tai ilman perusteltua syytä. Tarkasteltavan määräyksen kohdalla kyse ei kuitenkaan liene tällaisesta hyvän tavan vastaisuudesta muun muassa edellä kohdassa 4.3.2 mainittujen perusteiden nojalla.

Edellä tarkastellun perusteella sopimusperusteinen jäljittelykielto vaikuttaa lähtökohtaisesti oikeudellisesti hyväksyttävältä keinolta suojautua franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan. Näin

²⁵² Ks. kilpailukiellon pätevyys arvioinnista tarkemmin kappaleessa 4.5. Lisäksi kilpailukiellon sopimusperusteiseen pätevyys vaikuttaa OikTL 38 §, jonka mukaan franchisingottajan toimintavapautta ei saa kohtuuttomasti rajoittaa sopimuksella. Näin ollen myös OikTL 38 § saatettaisiin soveltaa kieltoon olla jäljittelemättä konseptia.

²⁵³ Parivodić 2009, s. 16. Parivodićin mukaan franchisingjärjestelmän imitointi on yksi franchisingsopimukseen tyypillisesti otettavista erityisistä syistä (*good cause*) irtisanoa franchisingsopimus. Esimerkiksi Yhdysvalloissa, Ranskassa ja Saksassa franchisingsopimuksien irtisanominen edellyttää yleensä *good cause* -perustetta. Ks. laajemmin Parivodić 2009, s. 9–10.

²⁵⁴ Telaranta 1990, s. 281.

²⁵⁵ Hemmo 2003a, s. 447.

²⁵⁶ Vertailukohdaksi voidaan myös ottaa Kreikan eettiset säännöt, jotka sen sijaan sisältävät jäljittelykiellon.

ollen jäljittelykieltoa voidaan ainakin pitää hyvänä lisäyksenä franchisingkonseptin sopimusperusteiseen suojaan. Sopimusvapauden periaatteen mukaisesti osapuolilla on lähtökohtaisesti oikeus ottaa sopimukseen lauseke, joka nimenomaisesti kieltää franchisingkonseptin jäljittelyn. Jäljittelykiellon laajuudesta ja rajouksista riippuen se voisi joissakin yksittäistapauksissa osoittautua kohtuuttoman raskaaksi franchisingottajan kannalta. Tällaisessa tilanteessa SopMenL 36 §:n yleinen kohtuullistamissäännös voisi tulla sovellettavaksi. Jäljittelykiellon kohtuullistamiseen liittyviä näkökulmia tarkastellaan tarkemmin kappaleessa 5 sopimusperusteisen suojan rajoista.

4.4 Salassapitovelvoite franchisingantajan luottamuksellisen tiedon suojana

4.4.1 Luottamuksellisen tiedon määritelmä ja know how'n suoja

Kuten edellä kappaleessa 3.3 on mainittu, liikesalaisuuslain salassapitoa koskevan kriteerin täyttämiseksi ja sitä kautta lain soveltamisen varmistamiseksi franchisingosopimukseen tulee sisällyttää salassapitovelvoite.²⁵⁷ Tämän lisäksi sopimusperusteinen salassapitosuoja luo sopimussuhteeseen ennaltaehkäisevää turvaa sekä sillä voidaan laajentaa ja täsmentää lakisääteistä salassapitovelvoitetta yksityiskohtaisemmilla sopimuslausekkeilla.²⁵⁸ Sopimusperusteinen salassapitosuoja turvaa franchisingkonseptiin kuuluvaa tietoa laajemmin, sillä kaikkea franchisingantajalle merkittävää tietoa ei välttämättä pidetä liikesalaisuuksina, mutta tieto voidaan kuitenkin katsoa luottamukselliseksi tiedoksi.²⁵⁹ Luottamukselliset tiedot, kuten asiakkaiden tai potentiaalisten franchisingottajien yhteystiedot, on syytä suojata erikseen sopimusperusteisella salassapitovelvollisuudella.²⁶⁰ Salassapidolla turvataan tiedosta saatava kilpailuetu sekä estetään franchisingkonseptiin sisältyvän tiedon luvaton käyttö ja ilmaiseminen kolmansille.²⁶¹

²⁵⁷ Salassapitovelvoite osoittaa franchisingantajan salassapitotahdon sekä täyttää tosiasiallisen salassapidon vaatimuksen. Ks. Nikkola 2019, s. 43.

²⁵⁸ Salassapitovelvoitteilla voidaan esimerkiksi laajentaa salassapitosuoja koskemaan myös muita luottamuksellisia tietoja kuin yrityssalaisuuksia sekä täsmentää luottamuksellisen tiedon ja ammattitaidon välistä rajanvetoa.

²⁵⁹ Eettisissä säännöissä korostetaan franchisingkonseptiin liittyvän tiedon luottamuksellisuuden kunnioittamista. Ks. SFY:n eettiset säännöt kohta 2.4.3. Vrt. WFC:n eettiset säännöt, kohta IV, jonka mukaan franchisingottajalla on luottamuksellisuusvelvollisuus franchisingosopimuksen aikana ja sen jälkeen.

²⁶⁰ Ks. Tillack – Ashton 2008, s. 123.

²⁶¹ Ks. Vapaavuori 2019, s. 529 ja Mattila 1988, s. 169.

Sopimusperusteisen salassapitovelvoitteen etuna on, että sillä voidaan turvata paremmin franchisingantajan luovuttaman know how'n ja luottamuksellisen tiedon suoja riippumatta siitä, täyttääkö tieto liikesalaisuuden määritelmän. Luottamuksellisen tiedon määritelmän tulee olla tarpeeksi kattava sekä kattaa myös liikesalaisuuslain mukaisen liikesalaisuuden ja teknisen ohjeen määritelmät.²⁶² Luottamuksellinen tieto tulee määritellä tapauskohtaisesti, mutta sen tulisi kattaa varsinkin liiketoimintamalli sekä käsikirja.²⁶³ Luottamuksellinen tieto voidaan määritellä esimerkiksi *luovutushetkellä luottamuksellisiksi merkityiksi tiedoiksi ja tiedoiksi, jotka luonteensa vuoksi on ymmärrettävä luottamuksellisiksi*.²⁶⁴ Luottamuksellisen tiedon määrittelemistä helpottaa, jos sopimukseen on kirjattu myös esimerkkilista kaikista luovutettavista asiakirjoista, jotka sisältävät luottamuksellista tietoa. Erityisesti franchisingosuhteen osalta tulee harkita, kohdistuuko salassapitovelvoite vain luovutettuun tietoon vai myös franchisingosuhteen aikana syntyneeseen tietoon.²⁶⁵ Luottamuksellisen tiedon määritelmää tulee kuitenkin aina rajata siten, että yleisesti tunnetut tiedot ja osapuolilla jo valmiina olleet tiedot ovat määritelmän ulkopuolella.²⁶⁶ Muuten riskinä on, että salassapitovelvoite voidaan katsoa kohtuuttomaksi franchisingantajan kannalta.²⁶⁷

Eräs vaikea asia on määrittää luottamuksellisen know how'n suhde franchisingantajan ammattitaitoon. Kuten edellä on mainittu, sopimuksessa tavallisesti rajataan luottamuksellisen tiedon ulkopuolelle alan yleiset tiedot sekä tiedot, jotka franchisingantajalla oli jo franchisingosuhteen alkaessa. Siksi mielenkiintoinen kysymys on, voidaanko franchisingosopimuksessa kieltää franchisingantajalta sellaisen know how'n käyttö, jonka franchisingantaja omaksuu toimiessaan franchisingketjussa. Useinhan franchisingketjulla on oma koulutusjärjestelmä, joka tarjoaa franchisingantajille liiketoimintakonseptiin ja liiketoimintaan liittyvää koulutusta. Franchisingantaja saattaa joutua kouluttamaan franchisingyrittäjät jopa liiketoiminnan peruseriaatteista lähtien, jos heillä ei ole alaan liittyviä taitoja tai aikaisempaa yrittäjäkokemusta.²⁶⁸ Pitkäaikaisessa franchisingosuhteessa franchisingantajan luovuttama know how sekoittuu hiljalleen franchisingantajan muihin

²⁶² Riskinä on, että osapuolet supistavat luottamuksellisen tiedon suoja ottamalla suppeamman määritelmän kuin mitä lainsäädäntöön on kirjattu. Ks. tarkemmin luottamuksellisen tiedon määritelmästä sopimuksessa Vapaavuori 2019, s. 512–528.

²⁶³ KTM 14/2002, s. 22.

²⁶⁴ Vapaavuori 2019, s. 522. Vrt. erilaisista määrittelytavoista Rahnasto 2001, s. 84–85 sekä Hemmo 2005a, s. 326.

²⁶⁵ Ks. Vapaavuori 2019, s. 522.

²⁶⁶ Ks. salassapitovelvoitteen rajoituksista tarkemmin Vapaavuori 2019, s. 543–348.

²⁶⁷ Ks. Castrén 1973, s. 176.

²⁶⁸ Laakso 1998, s. 35.

tietoihin ja ammattikokemuksiin, jonka seurauksena kokonaisuudesta voi olla jopa käytännössä mahdotonta erottaa franchisingantajan know how.²⁶⁹ Tillack ja Ashton ovat aiheellisesti tuoneet esille tästä johtuvan ristiriidan, jonka franchisingsopimuksen laatijan tulisi ennakoida. Monet franchisingantajat ovat oikeutetusti huolissaan siitä, että he opettavat franchisingottajalle, kuinka liiketoimintaa harjoitetaan, jonka jälkeen franchisingottaja poistuu ketjusta ja käyttää franchisingottajan aineetonta pääomaa kilpailemalla ketjua vastaan. Franchisingottajat saattavat sen sijaan hämmästyä, kun entiset franchisingantajat tosissaan odottavat heidän unohtavan oppimansa. He voivat tietoisesti päättää käyttää vähemmän tehokasta järjestelmää, vaikka he olisivatkin ajan myötä tehneet omia parannuksia franchisingkonseptiin.²⁷⁰ Olisi kohtuutonta kieltää franchisingottajaa käyttämästä franchisingsuhteen aikana kertynyttä elinkeinoelämän tietämystä franchisingsuhteen jälkeisessä omassa toiminnassa. Ei olekaan yksinkertaista määrittää, mihin voidaan vetää raja suojattavan arvoisen franchisingantajan know how'n ja franchisingsuhteen aikaisten kokemusten ja oppien välillä sekä miten sallittu käyttö määritellään.

Franchisingantajan legitiimi intressi on suojella konseptiin sisältyvää know how'ta. Franchisingantaja on SFY:n eettisten sääntöjen nojalla myös velvoitettu kontrolloimaan know how'n sallittua käyttöä sekä estämään know how'n väärinkäyttö.²⁷¹ Puolestaan franchisingottajalle säännöissä asetetaan velvoite pidättäytyä know how'n ja muun franchisingliiketoimintaa koskevan tiedon ilmaisemisesta kolmansille osapuolille sopimuksen ollessa voimassa ja voimassaolon päätyttyä.²⁷² Franchisingsopimuksessa korostetaankin usein franchisingkonseptiin liittyvän tiedon luottamuksellisuutta sekä asetetaan franchisingottajalle laaja know-how'hun kohdistuva salassapitovelvoite.²⁷³ Know how'n kontrolloimiseen liittyy kuitenkin käytännön ongelmia, eikä know how'n siirtymistä kilpailevan toiminnan käyttöön voida edes aina kieltää nimenomaisin salassapito- ja kilpailukieltoehdoin. Sohlberg ottaa esimerkiksi tilanteen, jossa entinen franchisingottaja on perustanut oman kilpailevan liiketoimintansa, jossa hän hyödyntää franchisingsuhteessa saamaansa know how'ta ja kokemusta. Sohlbergin mukaan on tuskin mahdollista osoittaa, että franchisingottaja tekee

²⁶⁹ Ks. Castrén 1973, s. 204–205.

²⁷⁰ Tillack – Ashton 2008, s. 90.

²⁷¹ SFY:n eettiset säännöt kohta 2.2.6 ja 2.2.8. Know how'n suojelulla halutaan turvata koko franchisingketjun edut.

²⁷² SFY:n eettiset säännöt kohta 2.2.6 ja 2.2.8 franchisingantajan osalta sekä kohta 2.3.8 franchisingottajan osalta. Know how'n suojelulla halutaan turvata koko franchisingketjun edut.

²⁷³ Esimerkiksi Meiselles – Wharton 2018, s. 334.

tietetyt asiat ja valinnat juuri sen takia, että hän on oppinut ne tiettyssä franchisingjärjestelmässä. Sohlbergin näkemykseen on helppo yhtyä. Vakavampaa Sohlbergin mielestä kuitenkin on se, jos franchisingottaja vaihtaa kilpailevaan franchisingketjuun ja tuo sinne mukanaan tietonsa. Silloin kiello pitäisi kohdistaa franchisingottajan lisäksi suoraan franchisingketjuun, ja kyse olisi myös vilpillistä kilpailua koskevan lainsäädännön soveltamisalasta.²⁷⁴

4.4.2 Tiedon ilmaisukielto ja käyttökielto sekä velvoitteen ajallinen ja henkilöllinen ulottuvuus

Franchisingsopimukseen on syytä ottaa laaja salassapitovelvoite, joka kattaa sekä salassa pidettävän tiedon ilmaisukiellon että käyttökiellon.²⁷⁵ Pelkästään ilmaisukiellon sisältävä salassapitovelvoite suppeassa mielessä ei ole yksinään riittävä turvaamaan konseptin suojaa, sillä vaitiolovelvollisuus estää vain levittämästä tietoa kolmannelle, muttei estä tiedon saanutta käyttämästä tietoa itse esimerkiksi kilpaileviin tarkoituksiin. Sen takia franchisingsopimukseen on hyödyllistä ottaa tiedon käyttökielto, jonka mukaan franchisingottaja ei saa käyttää luovutettua luottamuksellista tietoa muihin tarkoituksiin kuin franchisingsopimuksen täyttämiseen.²⁷⁶ Samalla käyttökiellon yhteydessä on tarpeen yksilöidä luottamuksellisen tiedon sallittu käyttötarkoitus, kuten liiketoiminnan harjoittaminen franchisingsopimuksessa sovitulla tavalla. Käyttökiellolla pystytään tehokkaasti vaikeuttamaan franchisingkonseptin jäljittelyn onnistumista, kun sillä estetään franchisingottajaa käyttämästä luottamuksellisia tietoja uuden konseptin kehittelyyn.

Käyttökiellon osalta on korostettu tarve määrittää luottamuksellisen tiedon suhde jäännöstietoon. Jäännöstiedolla tarkoitetaan luottamuksellista tietoa käsitelleiden henkilöiden muistiin jäänyttä tietoa, ja se muistuttaa läheisesti henkilön ammattitaitoa ja kokemusta.²⁷⁷ On kuitenkin epäselvää rajautuuko jäännöstietokin ammattitaidon lailla liikesalaisuuden käsitteen ulkopuolelle, joten sen suojaamisesta voidaan tarvittaessa ottaa selkeyttävä ehto sopimukseen.

²⁷⁴ Ks. Sohlberg 1993, s. 94.

²⁷⁵ Myös Norros 2018, s. 169 ja Hemmo 2005a, s. 329–330. Oikeuskirjallisuudessa on otettu hyväksikäyttökiellon esimerkkitilanteeksi franchisingosuhde, jossa franchisingantajalla on tarve kieltää franchisingkonseptiin sisältyvä tiedon hyväksikäyttäminen muunlaisessa ja mahdollisesti franchisingantajan kanssa kilpailevassa liiketoiminnassa. Hemmo perustelee tätä sillä, että liiketoimintakonseptiin sisältyvät yksityiskohtaiset tiedot luovat vahvan pohjan vastaavanlaisen yritystoiminnan järjestämiseksi. Ks. tiedon hyväksikäyttökiellon merkityksestä franchisingtoiminnassa myös Adams – Prichard Jones 1987, s. 153.

²⁷⁶ Nieminen 1995, s. 122 ja Laakso 1998, s. 137. On huomattava, että liikesalaisuuslaissa on sekä ilmaisukielto että käyttökielto. Hyödyntämiskiellon pois jättäminen sopimuksesta voisi pahimmillaan aiheuttaa sen, ettei franchisingantajan katsottaisi luopuneen lakisääteisestä liikesalaisuuden laajemmasta suojasta.

²⁷⁷ Vapaavuori 2019, s. 577. Ks. myös Hemmo 2005a, s. 330. Ks. tarkemmin Rahnasto 2001, s. 87–90.

Muistinvaraisen tiedon käyttökielto saattaa rajoittaa merkittävästi franchisingottajan toimintamahdollisuuksia, joten siihen on suhtauduttava varovaisesti.²⁷⁸

Salassapitovelvollisuuden voimassaoloon ja alkamisajankohtaan tulee kiinnittää huomiota. Pidemmälle edenneessä sopimusneuvotteluvaiheessa franchisingantaja saattaa luovuttaa potentiaalisen franchisingottajan tarkasteltavaksi luottamuksellista tietoa, kuten ketjun käsikirjan tai muita yksityiskohtaisia tietoja asiakaskunnasta tai taloudellisista ennusteista. Neuvotteluihin liittyvästä riskistä ja käyttökiellon merkityksestä voidaan ottaa esimerkiksi kuuluisa australialainen oikeustapaus *Wheatley v. Bell* [1984] FSR 16. Tapauksessa vastaaja oli osallistunut franchisingottajaehdokkaille tarkoitettuihin sopimusneuvotteluihin solmimatta kuitenkaan franchisingsopimusta, ja oli oikeudettomasti käyttänyt hankkimiaan tietoja kilpailevan franchisingkonseptin perustamiseen.²⁷⁹ Neuvotteluiden edetessä onkin tarpeellista allekirjoittaa salassapitosopimuksella varustettu esisopimus tai erillinen salassapitosopimus.²⁸⁰ Salassapitosopimuksen allekirjoittamista on käytännössä edellytetty erityisesti ennen ketjun käsikirjaan tutustumista.²⁸¹ Näin sopimusneuvotteluissa luovutettu luottamuksellinen tieto pysyy suojattuna, vaikka sopimusneuvottelut kariutuisivatkin.²⁸²

Neuvotteluvaiheen ja varsinaisen sopimuskauden lisäksi salassapitovelvollisuus tulisi sopia ulottumaan myös riittävän pitkälle franchisingsopimuksen päättymisen jälkeiseen aikaan. Salassapitovelvollisuuden enimmäisvoimassaoloajalle ei ole säädetty lainsäädännössä minkäänlaisia rajoituksia.²⁸³ Franchisingantaja onkin yleensä oikeutettu kieltämään franchisingottajaa käyttämästä ja ilmaisemasta muuta kuin yleisessä tiedossa olevaa

²⁷⁸ Ks. myös Vapaavuori 2019, s. 533.

²⁷⁹ Ks. tarkemmin *Wheatley v. Bell* [1984] FSR 16. Tuomioistuimien hyväksyi tapauksessa kantajan nostaman kieltokanteen ja katsoi vastaajan oikeudettomasti hyväksikäyttäneen kantajan luottamuksellista tietoa. Tuomioistuimien totesi, että vaikka henkilö olisikin saanut luottamuksellista tietoa viattomassa mielessä, saatuaan tietää, että se on alun perin annettu luottamuksellisena, häntä voidaan olosuhteiden mukaan estää rikkomasta tätä luottamusta.

²⁸⁰ Myös SFY:n eettisissä säännöissä kohdassa 3.9 on mainittu franchisingantajan mahdollisuudesta sisällyttää esisopimukseen luottamuksellisuutta koskevia sopimusehtoja *know how'n* ja ketjun ominaispiirteiden suojelemiseksi. Salassapidosta voidaan sopia myös aiesopimuksessa tai neuvotteluvaihetta sääntelevässä sopimuksessa. Ks. prekontraktuaalisista sopimuksista tarkemmin Hemmo 2003a, s. 226–229 sekä Hemmo 2005a, s. 52–60. Ks. myös tarkemmin aiesopimuksesta ja esisopimuksesta Hemmo 2003a, s. 253–261 ja 266–270 sekä Hemmo 2005a, s. 61–72.

²⁸¹ KTM 14/2002, s. 60.

²⁸² Korostunut tarve suojata luottamuksellista tietoa neuvotteluvaiheessa on seurausta siitä, etteivät sopimusneuvottelut pääsääntöisesti sido ja velvoita päättämään sopimusta. Kuitenkin neuvottelukumppanin harhaanjohtaminen tai luottamuksen rikkominen voi aiheuttaa *culpa in contrahendo* -opin mukaisen sopimuksentekotuottamuksen. Ks. tarkemmin Hemmo 2003a, s. 207–208.

²⁸³ Salassapitosopimuksista ei ole Suomessa erillistä lakia, joten lähtökohtaisesti niihin sovelletaan yleisiä sopimusoikeudellisia periaatteita. Vrt. tarkasti säännelty kilpailukieltovelvoite, josta tarkemmin kappaleessa 4.5.

luottamuksellista tietoa sopimuskauden jälkeen periaatteessa niin kauan kuin se haluaa.²⁸⁴ Esimerkiksi vanhemmassa EU:n komission päätöksessä 88/604/EEC *ServiceMaster* komissio katsoi hyväksyttäväksi sopimusmääräyksen, jonka mukaan franchisingottaja velvoitettiin sopimuksen päättymisen jälkeen pidättäytymään käyttämästä franchisingantajan know how'ta, ellei se ole tullut julkiseksi muuta kautta kuin sopimusrikkomuksen johdosta.²⁸⁵ Salassapitovelvoitteen voimassaoloajan pituus voikin osoittautua yllättäväksi franchisingottajalle, sillä Laakson mukaan franchisingottaja voi joutua pitämään salassa muuta kuin yleiseen tietoon tullutta tietoa jopa koko elinikänsä ajan.²⁸⁶

Franchisingottajan lisäksi franchisingottajayrityksen omistajana oleva luonnollinen henkilö voidaan sitouttaa henkilökohtaisesti noudattamaan salassapitovelvoitetta.²⁸⁷ Salassapitovelvollisuus tulisi henkilöllisesti arvioiden asettaa kaikkien franchisingottajien lisäksi heidän alaisille työntekijöille työsopimuksilla sekä franchisingketjun yhteistyökumppaneille erillisillä salassapitosopimuksilla.²⁸⁸ Asiakirjojen merkitseminen luottamukselliseksi auttaa tietoa käsitteleviä henkilöitä mieltämään tiedon salaiseksi.

Salassapitovelvoitetta tehostetaan yleensä sopimukseen kirjatulla sopimussakolla ja vahingonkorvausvelvoitteilla sekä kilpailukieltovelvoitteilla,²⁸⁹ jotka yhdessä merkittävästi ennaltaehkäisevät riskiä tietovuotoon. Sopimussakon liittäminen salassapitovelvollisuuteen on erityisen perusteltua silloin, kun luovutettavat liikesalaisuudet ja muut luottamukselliset tiedot ovat erityisen merkittäviä niiden haltijalle.²⁹⁰ Vapaavuoren mukaan liikesalaisuuslain 8–11 §:n

²⁸⁴ Laakso 1998, s. 137 ja Vapaavuori 2019, s. 477.

²⁸⁵ Ks. komission päätös 88/604/EEC *ServiceMaster*, kohta 9. Komissio piti franchisingsopimuksen jälkeistä know how'n käyttökieltoa olennaisena know how'n suojan kannalta. Komissio totesi myös, että mikäli franchisingantaja menettäisi eksklusiivisen oikeutensa käyttää sen know how'ta franchisingsopimuksen päättymisen jälkeen, franchisingantaja ei voisi estää kilpailijoita käyttämästä know how'taan.

²⁸⁶ Ks. Laakso 2005, s. 67. Myös ICC:n mallisopimus, s. 30. Myös ICC:n mallisopimuksen mukaan salassapitovelvoite on voimassa määrittelemättömän ajan sopimuksen päättymisen jälkeen, koska voimassaoloaikaa ei ole täsmennetty.

²⁸⁷ Sohlberg 1993, s. 76–77. Vrt. KTM 14/2002, s. 75. Raportti herättää kysymyksen, miksi siinä korostetaan päinvastoin *franchiseantajayrityksen* omistajan sitouttamista vastuuseen salassapitovelvoitteella ja kilpailukiellolla. En näe tarpeelliseksi, että franchisingantajayrityksen omistajaan tulisi kohdentaa ainakaan kilpailukieltoa, eikä näin nähdäkseni käytännössäkään tehdä. Molemmipuolinen salassapitovelvoite on sen sijaan tarpeellinen myös franchisingottajan luovuttamien tietojen suojaksi.

²⁸⁸ Lautjärvi – Tommila 1988, s. 37 ja Vapaavuori 2019, s. 87–89. Ks. myös Ks. Castrén 1973, s. 179–181.

²⁸⁹ Ks. Vapaavuori 2019, s. 460 ja 536–537, Laakso 2005, s. 67 sekä Nieminen 1995, s. 122. Sopimussakosta salassapitovelvoitteen yhteydessä laajemmin Vapaavuori 2019, s. 568–577.

²⁹⁰ Ks. myös Huhtamäki 2014, s. 270.

sisältämät oikeussuojakeinot voidaan myös sopia koskemaan kaikkea sopimuksessa määritettyä luottamuksellista tietoa.²⁹¹

Salassapitovelvoite voidaan johtaa myös lojaliteettiperiaatteesta tai alan tavasta, kuten eettisistä säännöistä.²⁹² Vaikka lojaliteettiperiaate ja alan tapa itsenäisinä velvoiteperusteina ovatkin heikkoja ja sisällöltään epätarkkoja, voivat ne vahvistaa sopimusperusteisen salassapitovelvoitteen asemaa ja toimia tulkinta-apuna.²⁹³ Bernitz ym. menevät näkemyksessään pidemmälle. Heidän mukaan lojaliteettiperiaatteen pitäisi suojata ainakin liikesalaisuuksia luvattomalta käytöltä ja tämän suojan ulottua jopa sopimuksen päättymisen jälkeiseen aikaan.²⁹⁴ Lisenssisopimuksen osalta he katsovat, että lojaliteettivelvollisuuden nojalla jopa ilman nimenomaista sopimusvelvoitetta, lisenssinsaajien tulisi yleensä katsoa olevan velvollisia pidättäytymään kilpailusta lisenssinantajan kanssa ja kunnioittamaan tiukasti sitä, että lisenssinantajan luottamuksellisia tietoja ei välitetä eteenpäin.²⁹⁵ Näkökanta voisi mahdollisesti soveltua myös franchisingsuhteeseen ottaen huomioon, että lojaliteettivelvollisuus on olennainen osa franchisingsopimusta ilman nimenomaista lausekettakin ja franchisingsopimuksessa on kyse franchisingantajan luottamuksellisen know how'n lisensoimisesta franchisingottajalle.

4.4.3 Käsikirjan ja muiden materiaalien palautusvelvollisuus ja kopiointikielto

Perinteisen salassapitovelvollisuuden täydentämiseksi franchisingsopimukseen voidaan ottaa luottamuksellista tietoa sisältävän materiaalin palautusvelvollisuus sekä kopiointikielto. Nämä ovat tärkeitä lausekkeita franchisingsopimuksessa, koska franchisingantaja luovuttaa franchisingottajalle paljon salassa pidettävää kirjallista materiaalia. Franchisingantajan on huolehdittava siitä, että franchisingottaja velvoitetaan palauttamaan franchisingketjun käsikirja, liikeasiakirjat, liiketoimintaohjeet ja muut materiaalit franchisingantajalle franchisingsopimuksen päättyttyä.²⁹⁶ Palautusvelvollisuutta tehostaa myös nimenomainen

²⁹¹ Vapaavuori 2019, s. 491–492 ja 499.

²⁹² Vapaavuori 2019, s. 464–465.

²⁹³ Ks. tavoitetulkinnasta ja objektiivisesta kontekstitulkinasta tarkemmin Annola 2016, s. 59–66 sekä 227–233.

²⁹⁴ Bernitz ym. 2017, s. 392.

²⁹⁵ Bernitz ym. 2017, s. 420.

²⁹⁶ Lautjärvi – Tommila 1988, s. 40. Myös SFY:n eettiset säännöt kohta 5.5.14. Sääntöjen mukaan franchisingsopimukseen tulee kirjata sopimuksen olennaisena osana ehdot, jotka sääntelevät franchisingantajan omistaman aineellisen ja aineettoman omaisuuden välitöntä luovuttamisesta sopimuksen päättymisen yhteydessä. Ks. myös Tillack – Ashton 2008, s. 90 ja ICC:n mallisopimus, s. 26 ja 39.

kielto kopioida käsikirjaa tai muita materiaaleja franchisingsopimuksen päättyttyä.²⁹⁷ Kopiointikielto ei estä franchisingottajaa vilpillisessä mielessä opettelemasta ulkoa käsikirjan sisältöä, mutta toisaalta edellä mainittu hyväksikäyttökielto estää opetellun tiedon käyttämisen. Franchisingsopimuksessa tulisi laajemminkin varmistaa, että franchisingottaja lopettaa kaiken luottamuksellisen tiedon käyttämisen välittömästi sopimussuhteen päättyttyä tai niin vaadittaessa.²⁹⁸ Määräys luottamuksellisen materiaalin käytön lopettamisesta täydentää materiaalien palautusvelvoitetta, sillä kaikki luottamuksellinen tieto ei ole luovutettavissa takaisin ohjekirjan tai muun asiakirjan muodossa. Riski franchisingottajan epälojaaliin toimintaan voi lisääntyä jo ennen franchisingsuhteen päättymistä, joten franchisingantajan kannalta on tärkeää, että franchisingottajan on lopetettava käyttämästä tietoa nimenomaan välittömästi franchisingantajan niin vaatiessa.²⁹⁹

On syytä vielä erikseen korostaa franchisingketjun käsikirjan suojelemista. Kuten aikaisemmin kappaleessa 2.1 on mainittu, franchisingkonseptin yksityiskohtainen sisältö dokumentoidaan käsikirjaksi. Käsikirja on suuritöinen ja pitkäaikainen projekti,³⁰⁰ joten sen suojaaminen kopioinnilta ja muulta jäljittelyltä on tärkeää. Käsikirjan jäljittelystä koituisi mittavia taloudellisia ja ajallisia hyötyjä jäljittelijälle. Tarvittavan suojan luomiseksi käsikirjaan on tärkeää merkitä tiedoksi kopiointikielto ja muut franchisingketjun salassapitokäytännöt, sillä käsikirjassa on kuvattu yksityiskohtaisesti ketjun liikeidea ja siihen liittyvät liikesalaisuudet.³⁰¹ Korkean salassapitoasteen vuoksi potentiaalisen franchisingottajan annetaan yleensä tutustua käsikirjaan neuvotteluvaiheessa vain franchisingantajan valitsemassa paikassa ja valvonnan alla.³⁰² Näin on mahdollista minimoida käsikirjan jäljentämiseen liittyvät riskit. Käsikirja on franchisingantajan omaisuutta, joka tulee palauttaa franchisingsopimuksen päättymisen jälkeen.³⁰³ Franchisingantajan onkin pidettävä tarkasti kirjaa luovutetuista käsikirjoista, ja kirjauskäytännön edellyttämät toimenpiteet voidaan mainita nimenomaisesti sopimuksessa.³⁰⁴

²⁹⁷ Myös Laakso 1998, s. 137. Ks. myös Hemmo 2005a, s. 328–329 ja Vapaavuori 2019, s. 542. Hemmo katsoo kopiointikiellon ja luovutusvelvollisuuden hyödylliseksi erityisesti silloin, kun sopimuskumppanille on luovutettu salassapitovelvollisuudella suojattua kirjallista aineistoa.

²⁹⁸ Ks. laajemmin Vapaavuori 2019, s. 552–555.

²⁹⁹ Ks. Vapaavuori 2019, s. 553.

³⁰⁰ Ks. Laakso 2005, s. 217. Laakso arvioi käsikirjan laatimisen olevan useita kuukausia tai jopa vuoden kestävä projekti.

³⁰¹ Ks. Mattila ym. 1998, s. 118.

³⁰² Ks. Laakso 2005, s. 156.

³⁰³ Laakso 2005, s. 55.

³⁰⁴ KTM 14/2002, s. 22 sekä Mattila ym. 1998, s. 121. Mattilan ym. mukaan käsikirjoille tulee laatia tarkka kirjauskäytäntö, jossa jokainen käsikirja numeroidaan ja luovutetaan vain yhden nimetyn henkilön hallintaan, joka on allekirjoittanut salassapitositoumuksen.

Käsikirjan salassapito voidaan varmistaa franchisingsopimukseen otetulla salassapitolausekkeella ja suoraan käsikirjaan otetulla luottamuksellisuus-merkinnällä.³⁰⁵ Lisäksi Mattilan ym. mukaan käsikirjan sivuihin on painatettava copyright-merkintä, joka auttaa ehkäisemään luvaton kopiointia.³⁰⁶ Jos franchisingottajalle annetaan lupa näyttää osia käsikirjasta omille työntekijöillensä tai muille sidosryhmille, on tärkeää sitouttaa myös nämä tietojen salassapitoon yhtä kattavilla salassapitositoumuksilla.³⁰⁷ Franchisingsopimukseen on mahdollista ottaa tarkempia määräyksiä käsikirjan säilytystavoista ja käyttötavoista.

Lopuksi todettakoon, että franchisingantajalla on mahdollisuus kontrolloida sitä, mitä kaikkea luottamuksellista tietoa franchisingottajille luovutetaan. Tiukemman kontrollin vuoksi ei olisi yhtä suurta tarvetta ottaa franchisingsopimukseen laajoja yksityiskohtaisia salassapitoehtoja ja tiedon tosiasiallinen salassapito pystyttäisiin paremmin varmistamaan. Äärimmäisissä tapauksissa franchisingantaja voi olla luovuttamatta franchisingottajalle konseptin salaisinta menestystekijää, kuten tuotteen valmistusohjetta.³⁰⁸ Myös franchisingantajan keksintöjen turvaamiseen liittyvä tehokkain toimenpide on toisinaan keksinnön pitäminen tiukasti liikesalaisuutena patentoimatta sitä.³⁰⁹ Franchisingkonseptin menestyksen kannalta kriittisimpiä liikesalaisuuksia ei tule paljastaa siten, että ne tulisivat vähitellen laajan henkilöpiirin tietoon ja olisivat siten teollisuusvakoilun helppo kohde.³¹⁰

4.5 Kilpailukielto

4.5.1 Kilpailukielto franchisingsuhteessa

Salassapitovelvoitteen ohella franchisingsopimukseen otetaan usein kilpailukieltovelvoite, jonka mukaan franchisingottaja ei saa harjoittaa kilpailevaa liiketoimintaa franchisingantajan

³⁰⁵ Vrt. KTM 14/2002, s. 59. Raportissa on ehdotettu otettavaksi käsikirjasta oman sopimuskohtansa franchisingsopimukseen, joka sisältää muun muassa käsikirjan tärkeyden korostamisen sekä luottamuksellisuuden ja salassapitovelvollisuuden.

³⁰⁶ Ks. Mattila ym. 1998, s. 121. Todettakoon, ettei copyright-merkintä kuitenkaan ole tekijänoikeudellisen teoksen syntymisedellytys tai synnyttä tekijänoikeutta, ellei teoskynnys muuten ylity.

³⁰⁷ Ks. Laakso 2005, s. 55.

³⁰⁸ Adams – Prichard Jones 1987, s. 235. Ks. Vapaavuori 2019, s. 58–59. Esimerkiksi Coca-Cola -juoman valmistamiseksi tarvittavan salaisen ainesosan valmistusohjetta ei luovuteta franchisingottajille, vaan Coca-Cola -yhtymä toimittaa itse valmistamansa uutteen franchisingottajille. Vastaavasti Kentucky Fried Chicken -franchisingketjun salainen mausteseos on erinäisillä turvatoimilla suojeltu liikesalaisuuden turvaamiseksi.

³⁰⁹ Patentoimisen seurauksena keksintö muuttuu julkiseksi ja patenttajan lakattua kaikkien vapaasti käytettäväksi. Patenttilain (15.12.1967/550) 40 §:n mukaan patentin enimmäissuoja-aika on 20 vuotta.

³¹⁰ Ks. Lautjärvi – Tommila 1988, s. 53.

ja muiden ketjun jäsenten kanssa franchisingsuhteen aikana ja sen päätyttyä.³¹¹ Franchisingsopimuksen päättymisen jälkeisellä kilpailukiellolla on suuri merkitys riskienhallinnassa, sillä se suojelee franchisingantajan know how'ta ja franchisingketjun mainetta.³¹² Kilpailukiellon asianmukaisen laajuuden varmistamiseksi kilpailukiello voidaan määritellä käsittämään myös kilpailua valmistelevan toiminnan.³¹³ Tällä pyritään estämään se, ettei franchisingottaja ala valmistelevaan kilpailevaa toimintaa odottaessaan kilpailukiellon päättymistä, mikä nopeuttaisi kilpailevan toiminnan aloittamista mahdollisimman nopeasti kilpailukiellon päätyttyä. Sohlberg on lisäksi katsonut, että tarpeeksi laajan muotoilun tulisi kattaa sekä suora että epäsuora kilpailu, oli kyse sitten toimimisesta yrittäjänä, työntekijänä tai konsulttina.³¹⁴

Oikeuskirjallisuuden mukaan yksi ongelma, joka voi aiheutua sopimuksen päättämisen yhteydessä, on franchisingottajan halu säilyttää edes osa saamastaan goodwill-arvosta ja jatkaa samaa liiketoimintaa omalla toiminimellään.³¹⁵ Jos entinen franchisingottaja jatkaa liiketoimintapaikan pitämistä eri nimellä mutta edelleen samassa toimipaikassa, kuluttajat voivat erehtyä luulemaan, että kyse on edelleen samasta liikkeestä. Sen seurauksena entinen franchisingottaja vapaamatkustaisi franchisingkonseptin goodwill-arvolla.³¹⁶ Abell on korostanut kilpailukiellon merkitystä tällaisissa tilanteissa.³¹⁷ Kilpailukiellon avulla franchisingottajaa voidaan kieltää harjoittamasta liiketoimintaa samalla alueella, kuin missä hän on harjoittanut franchisingtoimintaa, tai toimimasta franchisingketjun kanssa saman toimialan parissa. Tällaisessa tilanteessa ongelman ratkaisuna on korostettava myös sitä, että franchisingketjun liiketilojen omistus ja vuokrasuhteet keskitettäisiin franchisingantajalle. Näin voitaisiin välttää se, ettei ketjun entiselle franchisingottajalle jää houkuttelevaa vaihtoehtoa jatkaa kilpailevan liiketoiminnan harjoittamista samassa toimipaikassa esimerkiksi muuttamatta toimipisteen sisustusta.

³¹¹ Lautjärvi – Tommila 1988, s. 37, Sohlberg 1993, s. 73 sekä Laakso 1998, s. 111 ja 137. Myös Nieminen 1996, s. 55, 99 ja 119. Niemisen mukaan kilpailukieltovelvoitteet, alueelliset toimintarajoitteet ja yksinostovelvoitteet ”ovat tyypillisiä franchising-toiminnalle, jonka lähtökohta on sitoa osapuolet tiukasti toisiinsa.” Myös KTM 14/2002, s. 73–74.

³¹² Kilpailukiellon tarve on todettu myös franchisingalan eettisissä säännöissä. Esimerkiksi WFC:n eettisten sääntöjen kohdan V mukaan franchisingantajan know how'ta tulisi suojata asianmukaisilla kilpailukielloilla franchisingottajien suhteen.

³¹³ Myös Hemmo 2005a, s. 324.

³¹⁴ Sohlberg 1993, s. 74.

³¹⁵ Abell 1991, s. 136.

³¹⁶ Tillack – Ashton 2008, s. 124.

³¹⁷ Abell 1991, s. 136. Myös Tillack – Ashton 2008, s. 90.

Sohlbergin mukaan franchisingantajalla on syytä miettiä, mitä voisi tapahtua franchisingsopimuksen päättymisen jälkeen ilman kilpailukieltoehtoa. Franchisingantaja ei halua päätyä tilanteeseen, jossa hän on kouluttanut kyvykkään yrittäjän ja ehkä auttanut häntä saamaan luotettavan asiakaskunnan, vain nähdäkseen tämän poistuvan järjestelmästä ja muuttuakseen ylivoimaiseksi kilpailijaksi.³¹⁸ Franchisingsopimukseen on mahdollista ottaa lauseke, joka kieltää ketjusta lähtenytä franchisingottajaa houkuttelemasta henkilöstöä tai asiakkaita mukaan uuteen liiketoimintaan.³¹⁹ Tällainen niin sanottu *non-solicitation* -lauseke voi täydentää franchisingsopimuksen kilpailukieltoa. Se voi olla eräässä mielessä tehokas velvoite franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan, jos ajatellaan, että sen avulla estetään franchisingkonseptiin kuuluvan muistinvaraisen know how'n ja ammattitaidon siirto kilpailijalle henkilöstön mukana. Lisäksi sillä pystyttäisiin puuttumaan asiakkaiden houkutteluun, mikä voi olla ongelmana erityisesti, jos entisellä franchisingantajalla on intressi perustaa oma toimipisteensä samalle alueelle, jossa hän aikaisemmin harjoitti liiketoimintaansa.

4.5.2 Kilpailukiellon rajoitukset

Kilpailukiellon sisältöön vaikuttavat erityisesti EU:n kilpailuoikeudelliset säännökset. Franchisingsopimukseen sovelletaan vertikaalisia sopimuksia koskevaa yleistä ryhmäpoikkeusasetusta 330/2010³²⁰, jonka sisältöä on täsmennetty komission suuntaviivoilla vertikaalisista rajoituksista³²¹. Ryhmäpoikkeusasetuksen soveltuessa franchisingsopimus on sellaisenaan kilpailuoikeudellisesti pätevä, eikä siihen sovelleta enää SEUT 101(1):n tai kilpailulain (12.8.2011/948) 5 §:n kielto­säännöksiä. Todettakoon, että ryhmäpoikkeusasetusta ja suuntaviivoja ei pääsääntöisesti sovelleta vain Suomessa vaikuttaviin sopimukseen. Niitä on kuitenkin käsitelty tässä yhteydessä, koska niitä voidaan käyttää tulkinta-apuna määritettäessä kilpailukiellon kohtuullisuutta ja Suomen kilpailulain mukaisuutta.

³¹⁸ Sohlberg 1993, s. 75. Ks. myös s. 75–76. Toisaalta Sohlberg on myös todennut, että riittävän vahvoissa järjestelmissä sillä ei ole väliä, poistuuko franchisingottaja ketjusta ja yrittää itse. Hän tuskin onnistuisi paremmin kuin ketjun puitteissa, ja joka tapauksessa vahva franchisingketju jatkaisi toimintaansa siitä huolimatta.

³¹⁹ Ks. Mullin – Wu 2016, s. 639.

³²⁰ Komission asetus N:o 330/2010, jäljempänä *ryhmäpoikkeusasetus*. Franchisingsopimusten EU-kilpailuoikeudellinen sääntely alkoi jo 1980-luvulla, jolloin tapaus C-161/84 *Pronuptia*, vaikutti suuresti edeltävän komission ryhmäpoikkeusasetuksen N:o 4087/88 syntyyn. Tämä vanha ryhmäpoikkeusasetus N:o 4087/88 on huomattavan samansisältöinen nykyisen ryhmäpoikkeusasetuksen kanssa. Ks. *Pronuptia*-tapauksen analyysistä Nieminen 1995, s. 83–88.

³²¹ Komission suuntaviivat vertikaalisista rajoituksista 2010/C 130/01, jäljempänä *suuntaviivat* Ks. kohta 189–191. Suuntaviivojen suomenkielisessä versiossa franchisingsopimuksesta käytetään nimitystä ”luvakesopimus”, joka oli alkuperäinen suomenkielinen termi franchisingsopimukselle. Termi on sittemmin poistettu suomen kielestä vuonna 1999, sillä se ei koskaan vakiintunut käytännön elämään.

Ryhmäpoikkeusasetuksen tavoitteena on selkeyttää vertikaalisten sopimusten, mukaan lukien franchisingsopimusten, kilpailuoikeudellista arviointia ja laajentaa SEUT:n 101 artiklan 3 kohdan poikkeuksen soveltuvuutta niihin. Ryhmäpoikkeusasetuksen soveltamisen edellytyksenä on, että franchisingsopimus täyttää asetuksen 2 ja 3 artiklassa säädetyt poikkeusedellytykset.³²² Franchisingsopimukseen otettu kilpailukieltovelvoite on sallittu, jos ryhmäpoikkeusasetuksen 5 artiklan 3 kohdan edellytykset täyttyvät: *a) velvoite koskee tavaroita tai palveluja, jotka kilpailevat sopimuksessa tarkoitettujen tavaroiden tai palvelujen kanssa; b) velvoite on rajattu tiloihin ja maa-alaan, joissa/jolla ostaja on toiminut sopimuksen voimassaoloaikana; c) velvoite on välttämätön toimittajan ostajalle luovuttaman taitotiedon suojaamiseksi; d) velvoitteen kesto on rajattu yhteen vuoteen sopimussuhteen päättymisestä.*

Ryhmäpoikkeusasetuksen 5 artiklan tarkastelun perusteella voidaan tehdä eräitä havaintoja. Ennen kaikkea kilpailukiellon on oltava tarkoituksenmukainen franchisingketjun suojelemiseksi.³²³ Franchisingsopimuksella siirretään muun muassa franchisingketjun menestykselle kriittistä luottamuksellista tietoa ja liikesalaisuuksia, joiden suojeleminen on tarkoituksenmukaista ja välttämätöntäkin.³²⁴ Toisekseen kilpailukiellon on oltava tarpeeksi rajattu toimialan, alueen ja velvoitteen keston osalta, jotta se on kohtuullinen franchisingottajalle.³²⁵ Laakso on kritisoinut ryhmäpoikkeusasetuksen sanamuotoa ja todennut siinä olevan tietynlainen valuvika. Asetuksessa edellytetään, että kilpailukiello rajataan koskemaan niitä tiloja ja maa-alaa, jossa franchisingottaja toimii franchisingsuhteen aikana. Ongelmana on, että sanamuotoa tulkitaan välillä hyvinkin tiukasti, jolloin kilpailukiello rajoittuu koskemaan yksinomaan vain samaa liiketilaa. Jos kilpailukiello kohdistetaan alueellisesti koskemaan vain samaa toimipaikkaa, ei mikään estä entistä franchisingottajaa perustamasta uutta toimipistettä samalle alueelle viereiseen kortteliin. Samalla alueella toimiva franchisingottaja kilpailisi näin ollen franchisingketjun kanssa samoista asiakkaista, mikä

³²² Ks. ryhmäpoikkeusasetus 2 ja 3 artikla. Asetuksen artiklassa 2 on lueteltu yleisiä soveltamisedellytyksiä, kuten asetettu yrityskohtaisen vuosittaisen liikevaihdon rajaksi 50 miljoonaa euroa, sekä artiklassa 3 on asetettu 30 prosentin kynnysarvo toimittajan ja ostajan markkinaosuudelle merkityksellisillä markkinoilla. Ks. myös soveltamisalasta yksityiskohtaisemmin suuntaviivat kohta 24–46.

³²³ Myös EFF 2012, s. 9 ja 18. EFF:n eettisiin sääntöihin tehdyissä Iso-Britannian ja Kreikan maakohtaisissa poikkeamissa korostetaan myös, että kilpailukiello ja salassapitovelvoite ovat hyväksyttäviä siinä laajuudessa kuin ne ovat tarpeellisia tietojen ja franchisingkonseptin suojelemiseksi sekä olennaisia franchisingtoiminnalle.

³²⁴ Ks. Suuntaviivat kohta 190(a). Suuntaviivoissa on otettu kantaa kilpailukiellon tarkoituksenmukaisuuteen ja korostettu, että mitä tärkeämmästä taitotiedon siirrosta on kyse, sitä todennäköisemmin rajoitukset tuottavat tehokkuusetuja tai ovat välttämättömiä taitotiedon suojaamisen kannalta.

³²⁵ Myös KTM 14/2002, s. 74.

katsottaisiin kuitenkin sallitun kilpailun piiriin kuuluvaksi.³²⁶ Tarkoituksenmukaisempaa olisi, jos kilpailukieltoa sovellettaisiin tietyn liiketilan sijasta tietyllä maantieteellisellä alueella, kuten tietyssä kaupunginosassa tai jopa kotimaisilla markkinoilla. Näin tulkittuna kilpailukiellon rajoituksella ei vähennettäisi merkittävästi kilpailukiellon soveltamisalaa ja käytännön merkitystä, vaan kilpailukiellolla pystyttäisiin tehokkaammin puuttumaan sellaiseen kilpailevaan toimintaan, jota sen käyttämisellä on tarkoitettu.

Kilpailukielto voidaan katsoa kohtuuttomaksi, jos se vähentää merkittävästi franchisingottajan toimeentulomahdollisuuksia.³²⁷ Franchisingottajan toimeentulomahdollisuuksiin vaikuttaa erityisesti kilpailukiellon ajallinen kesto. Huhtamäen mukaan yksinkertaistettuna pääsääntönä voidaan pitää, että franchisingottaja ei saa kilpailla franchisingantajan kanssa franchisingsopimuksen voimassaoloaikana. Hän katsoo pääsäännön olevan voimassa erityisesti silloin, kun franchisingketjulla ei ole merkittävää markkina-asemaa myymänsä tuotteen tai palvelun relevanteilla markkinoilla tai markkinoille tulon esteet eivät ole korkeat.³²⁸ Kilpailukielto voi olla voimassa franchisingsuhteen kestäessä siis vuosikymmeniäkin, mikäli velvoite on välttämätön franchisingketjun yhteisen identiteetin ja maineen säilyttämiseksi.³²⁹ Sen sijaan sopimuksen päättymisen jälkeinen kilpailukielto ja non-solicitation -lauseke sitovat franchisingottajaa ainoastaan vuoden verran sopimuksen päättymisen jälkeen.³³⁰ Käytännössä franchisingsopimukseen otetaankin tavallisesti tämän pituinen voimassaoloaika.³³¹ Kaiken kaikkiaan voidaan katsoa, että asetuksessa annetut kriteerit ovat suhteellisen tiukkoja. Kilpailukieltovelvoitteen tehokkuuden turvaamiseksi ei ole välttämättä tarkoituksenmukaista rajata velvoitetta tätä laajemmin, vaikka se olisikin mahdollista sopimusvapauden rajoissa.³³²

Kilpailukiellon hyväksyttävyyteen vaikuttaa myös kilpailukieltovelvoitetta kohtuullistava sopimusoikeudellinen yleissäännös OikTL 38 §. Sen sijaan oikeustoimilain toista

³²⁶ Laakso 19.3.2020. Laakson mukaan ongelma on ollut Suomessa käsittelyssä välimiesmenettelyssä. Asia on kuitenkin ratkennut entisen franchisingottajan hyväksi, koska ratkaisussa noudatettiin tarkasti ryhmäpoikkeusasetuksen sanamuotoa.

³²⁷ Halila – Hemmo 2008, s. 273 ja KTM 14/2002, s. 75.

³²⁸ Huhtamäki 2014, s. 298–299.

³²⁹ Ks. suuntaviivat kohta 190(b).

³³⁰ Non-solicitation -lauseke on katsottu hyväksyttäväksi osaksi franchisingsopimusta turvaamaan franchisingantajan asiakaskuntaa esimerkiksi jo aikaisemmin mainitussa tapauksessa 88/604/EEC *ServiceMaster*, kohta 11.

³³¹ FranCon Group 2019, s. 66. Samoin ICC:n mallisopimus, s. 26. Tilanne on ollut sama myös ennen ryhmäpoikkeusasetuksen ja suuntaviivojen voimaantuloa, ks. Laakso 2005, s. 113 ja KTM 14/2002, s. 74.

³³² Kilpailukieltoa voidaan rajoittaa asiallisesti koskemaan esimerkiksi vain niitä tapauksia, joissa sopimus päättyy franchisingottajan vakavan sopimusrikkomuksen vuoksi. Ks. Lautjärvi – Tommila 1988, s. 38 ja Nieminen 1995, s. 121–122.

sovittelusäännöstä OikTL 36 §:ä sovelletaan suppeammin kilpailukieltovelvoitteen tehosteeksi asetetun sopimussakon sovitteluun. OikTL 38 §:n mukaan sitoumus ei saa kohtuuttomasti rajoittaa franchisingottajan toimintavapautta.³³³ OikTL 38 §:n pätevyysharkinnassa huomioidaan, onko velallinen saanut kohtuullisen korvauksen kilpailukieltovelvoitteesta, onko velvoite maantieteellisesti tai tarkasti liiketoiminnan mukaan rajattu, onko velvoite voimassa yli kaksi vuotta ilman perusteita sekä onko kilpailukieltovelvoite välttämätön pääsopimusjärjestelyn tavoitteiden turvaamiseksi.³³⁴ Säännöksen mukainen pätevyysharkinta muistuttaa läheisesti kilpailuoikeudellista pätevyysharkintaa, jota on käsitelty kattavammin yllä.

Yhdysvalloissa on myös havaittu mielenkiintoinen ilmiö, jossa entinen franchisingottaja kiertää kilpailukiellon ja muut franchisingkonseptin käyttöä rajoittavat sopimusvelvoitteet käyttämällä kolmatta tahoja kilpailevan yritystoiminnan käynnistämiseksi.³³⁵ Kilpailukielto ja muut sopimusvelvoitteet ovat tehokkaita vain *inter partes*, eivätkä ne rajoita esimerkiksi sopijapuolen läheisen ystävän, puolison tai sukulaisen toimintaa.³³⁶ Yhdysvalloissa ongelma on ratkaistu sallimalla kielletty toiminnan kohdistaminen myös kolmanteen tahoon. Se on edellyttänyt, että a) entinen franchisingottaja on rikkonut suoraan sopimusvelvoitetta, b) kolmas taho on toiminut yhdessä entisen franchisingottajan kanssa sekä c) kolmas on läheisessä suhteessa entiseen franchisingottajaan.³³⁷ Suomessa puolestaan kielletty toiminnan ja sopimusvastuun kohdistaminen kolmanteen ei lähtökohtaisesti onnistuisi. Sopimusvastuun laajentaminen edellyttää pääsääntöisesti tuekseen nimenomaisen lainsäädännön tai painavat perusteet, eikä sellaiseksi riitä pelkästään läheinen suhde sopimuspuoliin tai sopimuksella säädeltävään toimintaan.³³⁸ Esimerkiksi oikeuskäytännössä Kilpailuneuvosto katsoi kohtuuttomaksi ja kilpailulain vastaiseksi Noutopizza-ketjun omistajan ja Kotipizza Oy:n väliseen sopimukseen sisältyneen kilpailukieltoehdon muun muassa sillä perusteella, että kilpailukielto rajoitti myyjää ja myyjän lähiomaisten toimintavapautta laajemmin kuin mikä oli välttämätöntä bulvaanien käytön

³³³ Ks. tarkemmin OikTL 38 §:n historiasta ja sisällöstä Huhtamäki 2014, s. 71–75.

³³⁴ Huhtamäki 2014, s. 221.

³³⁵ Ks. Tillack – Ashton 2008, s. 125–126.

³³⁶ Kolmannen ulkopuolisuutta koskeva pääsääntö on tunnettu kansainvälisellä tasollakin *privity of contact* -oppina, jonka mukaan sopimus ei perustu oikeuksia eikä velvollisuuksia kolmannelle. Ks. Hemmo 2005b, s. 408.

³³⁷ Ks. Tillack – Ashton 2008, s. 125–126.

³³⁸ Hemmo 2005b, s. 432. Ks. myös Hemmo 2005a, s. 260, jossa Hemmo toteaa, että ”[e]linkeinonharjoittajien välisissä sopimussuhteissa välittömän sopimussuhteen ylittävän sopimusvastuun mahdollisuus on toistaiseksi varsin epäselvä”.

estämiseksi ja yrityskaupassa Kotipizzan tekemän investoinnin suojaamiseksi.³³⁹ Sen sijaan kilpailukielloa tukeva salassapitovelvoite vaikeuttaisi kilpailukiellon kiertämistä, sillä tällöin kilpaileva toiminta ei ainakaan voisi perustua franchisingantajan menestystä tuottaviin liikesalaisuuksiin. Kilpailukieltohan ei sellaisenaan estä franchisingantajan salassa pidettävän tiedon jakamista kolmansille.³⁴⁰

Kilpailukiello ei suoranaisesti estä entistä franchisingottajaa jäljittelemästä franchisingantajan konseptia. Se kuitenkin estää franchisingottajaa harjoittamasta liiketoimintaa enintään yhden vuoden sopimuksen päättymisen jälkeen ja siten käyttämästä jäljiteltä franchisingkonseptia. Franchisingkonseptin jäljittelysuojan perustaminen yksin kilpailukiellon varaan ei ole kuitenkaan kestävä ratkaisu kilpailukiellon ajallisen rajoituksen vuoksi. Vuoden karenssiajan jälkeen franchisingottajalla on taas mahdollisuus alkaa harjoittamaan kilpailevaa liiketoimintaa, joka voi jopa mukailla franchisingketjun liiketoimintaa tarpeettoman paljon.

4.6 Luovutettavien immateriaalioikeuksien suoja

4.6.1 Immateriaalioikeuksien sisältö ja käyttöoikeuden laajuus

Immateriaalioikeudet ovat keskeinen ja arvokas osa franchisingkonseptia, joten niiden hallinnointiin sekä väärinkäytösten estämiseen tulee kiinnittää huomiota franchisingsopimusta laadittaessa. Keskeiset immateriaalioikeuksien hallinnointiin liittyvät lausekkeet on sisällytetty myös ICC:n mallisopimukseen.³⁴¹ Immateriaalioikeuksien suojaa koskevilla sopimusehdoilla pyritään suojaamaan immateriaalioikeuksien lisäksi franchisingantajan liikesalaisuuksia sekä rajoittamaan franchisingottajan mahdollisuuksia harjoittaa kilpailevaa toimintaa.³⁴²

Franchisingsopimuksessa tulee ensinnäkin määrittää, mikä on franchisingottajan saaman immateriaalioikeuksiin kohdistuvan käyttöoikeuden sisältö. Sopimuksessa on siis yksilöitävä

³³⁹ Kilpailuneuvoston päätös 22.1.1999 dnro 8/359/1998. Kyseinen kilpailukiello katsottiin myös kohtuuttomaksi sillä perusteella, että se oli voimassa 10 vuotta, koski pizza- ja pikaruoka-alan sijasta myös muuta ravintolatoimintaa sekä ulottui Noutopizza-ketjun vakiintunutta Suomen markkinoiden toiminta-alueetta laajemmalle.

³⁴⁰ Vrt. Nikkola 2019, s. 44. Nikkolan huomiot kilpailukiellosta työsuhteessa soveltuvat tältä osin myös franchisingsuhteeseen.

³⁴¹ Ks. ICC:n mallisopimus, s. 19 ja 32. Mallisopimukseen on otettu määräykset immateriaalioikeuksien kuulumisesta franchisingantajalle, tunnuksien sallituista käyttötavoista, käyttöoikeuksien lakkaamisesta sekä franchisingottajan velvoitteesta olla rekisteröimättä toiminimeä, joka sisältää franchisingantajan tunnuksia.

³⁴² Halila – Hemmo 2008, s. 273. Ks. Sohlberg 1993, s. 70–76.

millä tavalla ja miten laajasti franchisingottajalla on oikeus käyttää franchisingantajan toiminimeä, tavaramerkkiä ja muita erottamiskykyisiä tunnuksia.³⁴³ Tavaramerkkien ja tunnusten oikea käyttö määritellään usein yksityiskohtaisesti käsikirjoissa ja muissa ohjeissa.³⁴⁴ Sopimuksessa voidaan korostaa, että franchisingottajalla on oikeus käyttää franchisingantajan erottamiskykyisiä tunnuksia vain siinä laajuudessa, mikä on välttämätöntä sopimuksen mukaisen franchisingliiketoiminnan harjoittamiseksi. Näin ollen sopimuksessa suljetaan mahdollisuus immateriaalioikeuksien laajempaan ja oikeudettomaan käyttöön. ICC:n mallisopimuksessa kaikki konseptiin sisältyvät immateriaalioikeudet on myös listattu omana liitteenään, mikä antaa franchisingottajalle selkeän kokonaiskuvan luovutetuista oikeuksista.³⁴⁵

Franchisingsopimuksessa on tarpeen asettaa franchisingottajalle myös kielto ottamasta itselle käyttöönsä tavaramerkkiä tai toiminimeä, joka muistuttaa läheisesti ketjun tunnusta taikka on sekoitettavissa ketjun suojattuihin tunnuksiin.³⁴⁶ Mattila ym. perustelevat tätä sillä, että lausekkeella estetään muun muassa ketjun toiminimen tai tavaramerkin heikkenemistä franchisingottajan irtautuessa ketjusta mutta jatkaessa toimintaa omalla toiminimellä, joka on lähellä ketjun toiminimeä tai markkinointinimeä.³⁴⁷ Lauseke on näin ollen relevantti franchisingkonseptin ja siihen sisältyvien tunnusten jäljittelyn torjunnassa. Tätä perustelee myös se, ettei franchisingantaja yleensä voi SopMenL:n nojalla kieltää tunnusmerkkien haltijaa käyttämästä laillisesti rekisteröityjä merkkejä tai niiden osaa, vaikka ne muistuttaisivatkin franchisingantajan omia tunnusmerkkejä.³⁴⁸

4.6.2 Immateriaalioikeuksiin liittyvien käyttöoikeuksien lakkaaminen

Franchisingsopimukseen on tärkeää sisällyttää nimenomainen määräys siitä, että franchisingottajan oikeus käyttää franchisingketjun nimeä, tavaramerkkiä, tunnuksia ja muita immateriaalioikeuksia ja niiden suojakohteita päättyy välittömästi franchisingsopimuksen

³⁴³ Myös SFY:n eettiset säännöt velvoittavat tähän. Ks. SFY:n eettiset säännöt kohta 5.5.11.

³⁴⁴ Ks. Lautjärvi – Tommila 1988, s. 60 ja Mattila ym. 1998, s. 120 ja 186. Yksityiskohtaiset ohjeet voivat koskea esimerkiksi kuviomuotoja, mittasuhteita ja värejä, joita on aina noudatettava merkkien ja tunnusten käytössä. Yhtenäinen käytäntö vahvistaa ketjun yrityskuvaa ja edistää tavaramerkkisuojan ylläpitämistä.

³⁴⁵ ICC:n mallisopimus, s. 43.

³⁴⁶ Lautjärvi – Tommila 1988, s. 56 sekä Mattila ym. 1998, s. 159 ja 187–188. Myös Mullin – Wu 2016, s. 640. Ks. myös Elo 2015.

³⁴⁷ Mattila ym. 1998, s. 159.

³⁴⁸ Vrt. MAO:613/10, jossa kilpailijayritys oli ottanut käyttöönsä rekisteröimänsä verkkotunnuksen ja siihen perustuvan logon KorutRahaksi.fi, jonka voidaan katsoa muistuttavan tavaramerkkiä KultaRahaksi.fi. Vrt. MAO:619/09. Markkinaoikeuden mukaan on selvää, että elinkeinonharjoittajaa voidaan sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetun lain nojalla kieltää käyttämästä myös laillisesti rekisteröityä toiminimeä tai verkkotunnusta. Kyseessä täytyy kuitenkin olla sekaannusvaaran aiheutumisesta tai goodwill-arvon hyväksikäytöstä.

lakattua.³⁴⁹ Sana ”välittömästi” tehostaa sopimusmääräyksen ehdottomuutta. Elo on katsonut erittäin tärkeiksi ketjun tunnusten suojelemisen ja käytön lopettamisvelvollisuuden, minkä vuoksi velvollisuutta yleensä tehostetaan vielä sopimussakolla.³⁵⁰

Lausekkeen tarpeellisuus voidaan kyseenalaistaa ottaen huomioon, että suoja rekisteröidyille tavaramerkeille ja toiminimille on vahva, koska franchisingantajalla on lain nojalla tehokkaat oikeuskeinot lähteä puolustautumaan immateriaalioikeuden loukkausta vastaan. Yleensä on melko selvää, että franchisingsopimuksen päättyessä tavaramerkkilisenssin mukainen käyttöoikeus lakkaa ja kaikki oikeudet tavaramerkkiin säilyvät franchisingantajalla.³⁵¹ Lauseke immateriaalioikeuksiin kohdistuvien käyttöoikeuksien lakkaamisesta luo kuitenkin selkeyttä sopimussuhteeseen ja ennaltaehkäisee väärinkäytöksiä. Lausekkeella annetaan franchisingottajalle huomautus siitä, että oikeus tavaramerkkiin ei ole absoluuttinen oikeus, vaan käyttöoikeus on voimassa franchisingsuhteen ajan.³⁵² Lisäksi lauseke suojaa myös niitä immateriaalioikeuksia, joiden lakisääteinen suoja osoittautuisikin vajaaksi oikeudenkäyntivaiheessa. Näin ollen lainsäädännön tuomasta suojasta huolimatta sopimukseen tulisi aina ottaa nimenomainen lauseke tunnusten käyttöoikeuden lakkaamisesta. Velvoitetta on mahdollista täsmentää vielä käytännönläheisemmillä sopimusmääräyksillä, joiden mukaan franchisingottaja on velvollinen poistamaan tunnukset toimipisteestään franchisingsuhteen päättyessä.³⁵³ Velvoitetta käyttöoikeuksien lakkaamisesta täydentää myös nimenomainen korostus sopimuksessa siitä, että kaikki immateriaalioikeudet ja niiden suojakohteet, kuten tekijänoikeudella suojatut käsikirjat ja painotuotteet, kuuluvat franchisingottajalle.³⁵⁴ Näin ollen franchisingottajalle ei jää epäselväksi, että voisiko hän jossain tilanteessa saada oman pysyvän oikeuden lisensoituun omaisuuteen.

4.6.3 Velvollisuus ilmoittaa immateriaalioikeuden loukkauksesta

Sohlbergin mukaan menestyksekkäät franchisingjärjestelmät voivat houkutella jäljennöksiä, joita vastaan franchisingantajan on puolustauduttava.³⁵⁵ Yleinen tapa on korostaa sopimuksessa

³⁴⁹ Nieminen 1995, s. 135–136. Ks. myös Lautjärvi – Tommila 1988, s. 40 ja Laakso 1998, s. 137.

³⁵⁰ Elo 2015. Ks. myös velvoitteen tehostamisesta sopimussakolla tapaus HHO 11.7.2017 nro 901 Faunatar-ketjusta, jota käsitellään kappaleessa 4.7.

³⁵¹ Myös Tillack – Ashton 2008, s. 88.

³⁵² Tillack – Ashton 2008, s. 90.

³⁵³ Idem.

³⁵⁴ Lautjärvi – Tommila 1988, s. 56 ja 60. Ks. myös Meiselles – Wharton 2018, s. 334–335.

³⁵⁵ Sohlberg 1993, s. 51.

immateriaalioikeuksien suojeluintressiä.³⁵⁶ Osa immateriaalioikeuksien valvontavastuusta voidaan siirtää franchisingottajille ottamalla sopimukseen täsmällisempi velvoite, jonka mukaan franchisingottajan tulee ilmoittaa franchisingantajalle immateriaalioikeuksien loukkaamisesta.³⁵⁷ Käytännössä ilmoitusvelvollisuus voi kohdistua lisäksi havaittujen jäljennöstapausten ilmoittamiseen, minkä voidaan katsoa tukevan vielä paremmin franchisingkonseptin suojaamista jäljittelyltä.³⁵⁸ Ilmoitusvelvollisuuden lisäksi sopimuksessa voidaan asettaa franchisingottajalle muita aktiivisia toimimisvelvollisuuksia immateriaalioikeuden loukkaustapauksessa, kuten velvollisuus avustaa franchisingantajaa oikeudenkäynnissä tai muissa toimenpiteissä loukkauksen selvittämiseksi.³⁵⁹ Esimerkiksi Sohlbergin mielestä voi olla tarpeellista, että franchisingottaja suojaa todisteita mahdollisuuksien mukaan esimerkiksi leikkaamalla sanomalehtiä, valokuvaamalla tai nauhoittamalla.³⁶⁰ Osapuolten on myös syytä sopia, kuinka toimenpiteistä aiheutuvat kustannukset jakautuvat franchisingantajan ja franchisingottajan välillä.³⁶¹ Toisaalta franchisingottaja voi haluta varata itselleen mahdollisuuden immateriaaliloukkauksien selvittämiseen ja toimenpiteiden valintaan ja osoittaa franchisingottajalle pelkän ilmoitusvelvollisuuden.³⁶² Velvollisuus ilmoittaa immateriaalioikeuden loukkauksesta tukee hyvin tavoitetta estää franchisingkonseptin jäljittely, kun mahdollisten loukkaustilanteiden valvonta on laajempaa, jolloin loukkauksiin pystytään myös puuttumaan ripeämmin.

³⁵⁶ Myös SFY:n eettiset säännöt kohta 5.2. Sääntöjen mukaan franchisingsopimuksesta tulee käydä ilmi franchisingketjun jäsenten halukkuus suojella franchisingantajan immateriaalioikeuksia sekä ylläpitää ketjun mainetta ja yhteisiä ominaispiirteitä.

³⁵⁷ Sohlberg 1993, s. 51. Samoin Elo 2015 sekä Meiselles – Wharton 2018, s. 335.

³⁵⁸ Krook 12.3.2020. Franchisingsopimuksissa lausekkeen muotoilu voi olla esimerkiksi seuraava: ”Franchisee must immediately notify Franchisor of all infringements or imitations of the System, including the Marks, which come to Franchisee's attention - -, and Franchisor may exercise absolute discretion in deciding what action, if any, should be taken. Franchisee must co-operate in the prosecution of any action to prevent the infringement, imitation, illegal use or misuse of the Marks or the System and agrees to be named as a party in any such action if so requested by Franchisor.”

³⁵⁹ Lautjärvi – Tommila 1988, s. 38. Näin myös ICC:n mallisopimus, s. 33. Vrt. Sohlberg 1993, s. 51. Sohlberg toteaa, että toisin kuin amerikkalaisissa sopimuksissa, ei ole kuitenkaan tarvetta velvoittaa franchisingottajaa osallistumaan mahdollisiin oikeudenkäynteihin, koska Ruotsissa on yleinen todistajanvelvollisuus. Sama pätee Suomen osalta.

³⁶⁰ Sohlberg 1993, s. 51.

³⁶¹ Nieminen 1995 s. 123.

³⁶² Ks. Rose 1991, s. 114. Rose on korostanut, että franchisingantajan on tärkeä pitää itsellään oikeus puolustautua kolmannen aiheuttamalta loukkaukselta siltä varalta, että franchisingottaja olisi passiivinen eikä toimisi tilanteessa. Vrt. Elo 2015, jonka mukaan franchisingantaja immateriaalioikeudenhaltijana ”päättää sen, miten loukkauksiin puututaan.”

4.7 Sopimussakko tehostinkeinona

Kuten edellä on käynyt ilmi, sopimussakkoa käytetään sopimuksissa tehostinkeinona muiden sopimusvelvoitteiden noudattamiseksi.³⁶³ Franchisingsopimuksessa sopimussakko on tarpeellinen sanktio, joka turvaa negatiivisten velvoitteiden noudattamista. Salassapitovelvoite ja kilpailukieltovelvoite ovatkin sopimussakon tavanomaista käyttöalaa.³⁶⁴ Sopimussakko voidaan kohdistaa yksittäisten sopimusvelvoitteiden lisäksi koko franchisingsopimukseen yleisenä seuraamuksena, mikä ei ole kuitenkaan tavoiteltavaa. Tällöin sopimussakko kohdistuisi myös vähämerkityksisiin sopimusvelvoitteisiin ja ankaroittaisi niitä merkittävästi. Tämä todennäköisesti johtaisi sopimustasapainon horjumiseen ja sopimuslausekkeiden kohtuuttomuuteen.

Kuten edellä on mainittu, sopimussakko voi olla välttämätön tehostin myös franchisingketjun immateriaalioikeuksien suojaamiseksi. Esimerkiksi tapauksessa HHO 11.7.2017 nro 901 Faunatar-ketjun franchisingsopimukseen oli otettu sopimussakkolauseke, jonka mukaan franchisingottajan on suoritettava oikeudenloukkauksesta sopimussakkona franchisingantajalle 2 000 euroa, mikäli franchisingottaja sopimuksen päättymisen jälkeen käyttää Lemmikkieläinliike Faunatar -tunnusmerkkiä ja muita tunnuksia. Sopimuksessa täsmennettiin, että mikäli loukkaus on jatkuvaa, sopimussakko on 4 000 euroa kultakin alkavalta kuukaudelta.³⁶⁵ Sopimussakko onkin yleensä kiinteämääräinen negatiivisten velvoitteiden yhteydessä, mutta sen määrä voi olla myös muuttuva ja sidottu esimerkiksi kielletyn kilpailevan toiminnan laajuuteen,³⁶⁶ kuten Faunatar-tapauksesta huomataan. Ylikompensatorista sopimussakkoa pidetään yleensä kohtuullisena ja sallittuna oikeusseuraamuksena Suomen oikeudessa, koska sen katsotaan olevan hyväksyttävä tehostekeino sopimuksen noudattamiseksi ja tehokas turvaamiskeino opportunistista sopimusrikkomusta vastaan.³⁶⁷

³⁶³ Esimerkiksi Nieminen 1995, s. 136 ja Taxell 1972, s. 442. Taxell katsoo sopimussakolla olevan painostusfunktion lisäksi merkitystä korvauksena sopimusrikkomuksesta sekä nopeana ja yksinkertaisena riidanratkaisukeinona.

³⁶⁴ Hemmo 2005a, s. 233. Vrt. Taxell 1972, s. 441. Taxell ei mainitse negatiivisia velvoitteita, vaan toteaa sopimussakon olevan tavallisesti viivästyksen seuraamus. Myös esimerkiksi esisopimus ja henkilökohtaiset velvoitteet ovat hänen mielestään sopimussakon tyypillistä käyttöalaa.

³⁶⁵ HHO 11.7.2017 nro 901. Tapauksessa sopimussakolla tehostettiin franchisingsopimukseen otettua määräystä, jonka mukaan sopimuksen päättyessä franchisingottajan on lakattava välittömästi käyttämästä Lemmikkieläinliike Faunatar -tunnusmerkkiä ja muita tunnuksia toimintansa tunnuksina.

³⁶⁶ Ks. Hemmo 2005a, s. 236. Myös Taxell 1972, s. 441.

³⁶⁷ Oikeuskäytännössä esimerkiksi KKO 1995:204. Ks. myös Hemmo 2005b, s. 91–92. Hemmon mukaan sopimusrikkomuksen taloudellista kannattavuutta arvioiva vakavarainen velallinen ottaa huomioon sopimusrikkomuksesta aiheutuvan menetyksen, jolloin ylikompensatorinen sopimussakko on tavallisesti tehokas

Sopimuksessa tulisi kuitenkin määrittää sopimussakon suhde vahingonkorvaukseen, sillä sopimussakko voidaan joko katsoa vastuunrajoitusehdoksi määrittäen vastuun maksimimäärän taikka erilliseksi korvaukseksi vahingonkorvauksen ohella.³⁶⁸

Sopimussakko voi olla siis määrältään suurempi kuin sopimusrikkomuksesta aiheutunut menetys, mitä voidaan perustella sopimussakon painostusfunktiolla.³⁶⁹ Sopimussakon maksaminen ei oikeuta jatkamaan sopimusta loukkaavaa toimintaa, eikä se estä loukattua osapuolta vaatimasta sopimusehdon kieltämän toiminnan lopettamista.³⁷⁰ Sopimussakolla saatava painostusvaikutus on tarpeellinen jäljittelykiellon, salassapitovelvoitteiden, kilpailukiellon ja immateriaalioikeuksiin kohdistuvien velvoitteiden tehokkuuden varmistamiseksi. Kuitenkin varsinkin pienissä franchisingketjuissa, franchisingopimuksen etukäteinen purkamisoikeus saattaa olla vähintäänkin yhtä tehokas keino sopimusvelvoitteiden noudattamisen takaamiseksi.³⁷¹ Tämä etukäteinen purkamisoikeus ei kuitenkaan ole niin hyödyllinen franchisingkonseptin jäljittelytapauksissa, joissa jäljittely on todennäköisempää vasta sopimuksen päättymisen jälkeisenä aikana, jolloin etukäteinen purkamisoikeus ei pysty luomaan sopimussakon kaltaista painostusvaikutusta. Sopimussakon painostusfunktion ohella sen etuna on vahingonkorvaukseen liittyvän näyttövelvollisuuden osoittamisen välttäminen. Sopimussakko voi olla hyödyllinen esimerkiksi franchisingkonseptiin kuuluvien liikesalaisuuksien turvaamiseksi, kun osapuolen ei tarvitse normaalin ekskulpaatiovastuun tavoin osoittaa toteen aiheutunutta vahinkoa, joka voisi olla hankalasti määritettävissä tai mikä saattaisi edellyttää liikesalaisuuksien kannalta kriittisten tietojen paljastamista.³⁷²

torjuntakeino tahallista sopimusrikkomusta vastaan. Ks. myös Hemmo 2005a, s. 237. Hemmo on ottanut vertailukohteeksi anglo-amerikkalaisen *liquidated damages* -opin. Sen mukaan ylikompensatorinen sopimussakko on sitomaton, koska sopimussakon tulee olla määrältään kohtuullinen ennakoarvio sopimusrikkomuksesta aiheutuvasta vahingosta.

³⁶⁸ Esimerkiksi Hemmo 2005a, s. 236–237 ja Lautjärvi – Tommila 1988, s. 41. Lautjärven ja Tommilan mukaan vahingonkorvausvastuun rajoittamisesta tai jopa poistamisesta voidaan sopia melko vapaasti. Vrt. Taxell 1972, s. 452. Taxell ei ole katsonut mahdolliseksi sitä, että sopimussakon lisäksi maksettaisiin vielä vahingonkorvaus. Taxellin mukaan tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö vahingonkorvausta voisi maksaa siltä osin, kuin sopimussakko ei kata aiheutuneita tappioita.

³⁶⁹ Ks. Taxell 1972, s. 445–446.

³⁷⁰ Hemmo 2005a, s. 236.

³⁷¹ Krook 12.3.2020.

³⁷² Castrén 1973, s. 190 ja Hemmo 2003b, s. 336 ja 345.

4.8 Muut sopimustekniset ja -taktiset keinot ehkäistä franchisingkonseptin jäljittelyä

Franchisingkonseptin jäljittelyä voidaan välillisesti ennaltaehkäistä myös sopimusteknisillä ja -taktisilla keinoilla, jotka liittyvät esimerkiksi sopimuksen muotoiluun ja sopimuksen päättymisen jälkeisten velvoitteiden hallintaan. Franchisingkonseptin jäljittelyä estävien muiden sopimuslausekkeiden tehokkuuden takaamiseksi jäljittelyn kohteena oleva franchisingkonsepti tulee yksilöidä huolellisesti franchisingsopimuksessa.³⁷³ Kattava franchisingkonseptin kuvaus varmistaa, ettei jäljittelyltä suojautuminen kaadu siihen, ettei voida selvästi osoittaa, mikä on ollut alkuperäinen jäljittelyn kohde. Tällöin alkuperäisen konseptin ja jäljitelmän vertailu kävisi haastavaksi. Myös franchisingketjun käsikirjaan voidaan viitata tässä yhteydessä, sillä se sisältää tavallisesti yksityiskohtaisen kuvauksen franchisingkonseptista. Voidaan todeta kaiken kaikkiaan, että sopimusta selkeyttävät sopimuksen alussa listatut määritelmät sopimuksessa käytettävissä termeistä, mikä on yleinen sopimustekninen keino.³⁷⁴

Franchisingsopimuksen johdanto-osaan voidaan ottaa myös kuvaus franchisingsopimukseen perustuvan yhteistyön taustasta ja tavoitteista, jossa voidaan painottaa konseptin luovutettavan määräaikaikaisella käyttöoikeudella sekä konseptin kuulumista franchisingottajalle.³⁷⁵ Tällaisten *whereas*-lausumien laajuus ja yksityiskohtaisuus vaihtelee tapauskohtaisesti, ja niillä voi olla olennaista merkitystä sopimuksen arvioinnissa tulkintatilanteissa.³⁷⁶ Whereas-lausumaa voi ajatella linssinä, jonka läpi katsoessa muut sopimuksen osat muotoutuvat lopulliseen merkitykseensä. Whereas-lausuma kuuluu sopimuksen rakennetta säänteleviin *boilerplate*-ehtoihin, jotka ovat olennainen osa anglo-amerikkalaista sopimusteniikkaa.³⁷⁷ Muista boilerplate-ehdoista voidaan tässä yhteydessä korostaa osapuolten yksilöinnin, määritelmien ja liitteaineiston yksilöinnin merkitystä. Esimerkiksi osapuolten huolellinen yksilöinti sopimuksessa auttaa jälkikäteisesti jäljittelyn jo tapahduttua, jos franchisingantajan täytyy nostaa kante franchisingottajaa vastaan. Sopimuksen laadinnassa tulee kiinnittää myös erityistä

³⁷³ Ks. Ericsson 1981, s. 26–27 ja Nieminen 1995, s. 104 Franchisingkonseptin nimi ja kuvaus voidaan sisällyttää sopimuksen johdantoon. Vrt. KTM 14/2002, s. 58–59. Toinen vaihtoehto on sijoittaa kuvaus omaan sopimuskohtaansa luovutettavista oikeuksista, joka on tyypillinen kohta franchisingsopimuksissa.

³⁷⁴ Myös Mullin – Wu 2016, s. 643, Hemmo 2005a, s. 337 ja ICC:n mallisopimus, s. 17–18.

³⁷⁵ Ks. KTM 14/2002, s. 57. Ks. myös ICC:n mallisopimuksen *whereas*-lausekkeita, s. 16–17.

³⁷⁶ Ks. Hemmo 2005a, s. 334. Whereas-lausumia voidaan pitää riidattomina faktoina sopimuksen taustasta ja syistä. Ne ovatkin käytännöllistä todistusaineistoa, joihin vedota, jos sopimuksen täyttämässä syntyy riitaa.

³⁷⁷ Ks. tarkemmin boilerplate-ehdoista Hemmo 2005a, s. 333–354. Boilerplate-ehdoilla ei määritetä sopimuksen aineellista sisältöä, vaan niillä säädellään teknisesti itse sopimuksen muotoa, rakennetta ja voimassaoloa.

huomiota siihen, että kaikkiin tarvittaviin liitteisiin on viitattu selkeästi sopimuksessa. Käsikirjaa voidaan pitää franchisingsopimuksen tärkeimpänä liitteenä. Selkeiden viittausten avulla myös pääsopimuksessa olevat määräykset, kuten salassapitovelvoite, voidaan saattaa koskemaan liitteitä.³⁷⁸ Huolellisesti ja yksiselitteisesti viitattut liitteet ja niiden etusijajärjestys vähentävät riitojen syntymistä sopimuksen sisällöstä, eivätkä jätä epäselvyyttä dokumenttien oikeudellisesta merkityksestä.³⁷⁹

Lisäksi yleinen sopimustekninen keino on laatia riittävän yksityiskohtainen, selkeä ja yksiselitteinen sopimus mahdollisten tulkintaerimielisyyksien vähentämiseksi, kuten edellä kappaleessa 4.1 on todettu. Laakso on neuvonut pitämään itse sopimusdokumentin mahdollisimman lyhyenä ja selkeänä.³⁸⁰ Tämä on järkevä menettely sopimusteknisestikin, sillä sopimuksen yksityiskohtaisesta ja kattavasta sisällöstä voidaan sopia sopimuksen liitteissä, kuten käsikirjassa ja muissa ohjeissa. Mattila ym. ovat taas katsoneet anglo-amerikkalaisen sopimuksentekomallin mukaisen sopimuksen parhaaksi, johon kirjataan mukaan myös ratkaisuperiaatteita käytännön ongelmien ratkaisemiksi. Hekin ovat tosin korostaneet sopimusta täydentäviin liitteisiin viittaamisen tärkeyttä, sillä sopimusta ei ole mahdollista tai edes tarkoituksenmukaista laatia aukottomaksi vastaamaan kaikkiin mahdollisiin ongelmatilanteisiin.³⁸¹

Sopimustaktisesti ajateltuna franchisingkonseptin jäljittelyä voi ennaltaehkäistä itsessään jo franchisingketjuun liittymiseen liittyvä sitoutumiskynnys. Franchisingsopimukset ovat pitkäkestoisia yhteistyösopimuksia, ja ne solmitaan Suomessa yleensä 5–10 vuoden määräajaksi mahdollisin jatkokausin.³⁸² Määräaikaiseen sopimukseen kumpikin osapuoli

³⁷⁸ Lautjärvi – Tommila 1988, s. 25.

³⁷⁹ Ks. liitteiden yksilöinnistä tarkemmin Hemmo 2005a, s. 337–338. Myös KTM 14/2002, s. 59. Raportin mukaan käsikirja määrittellään useissa tapauksissa sitovuodeltaan samanasteiseksi kuin varsinainen franchisingsopimus. Vrt. Sohlberg 1993, s. 105. Sohlbergin mukaan liitteet ovat yhtä tärkeitä kuin sopimuksen pääteksti. Hän kehottaa osapuolia allekirjoittamaan myös liitteet epäselvyyksien vähentämiseksi.

³⁸⁰ Laakso 2005, s. 68.

³⁸¹ Mattila ym. 1998, s. 140. Ks. myös Sohlberg 1993, s. 25–26, joka kritisoi angloamerikkalaista sopimustyyliä, joka pyrkii täydelliseen sopimukseen luettelemalla kaikki mahdolliset sääntelytilanteet. Ei ole mahdollista ennakoita kaikkia ajateltavissa olevia ongelmia. Juuri tämän vuoksi sopimus ei voi koskaan olla täydellinen ja aukoton.

³⁸² Laakso 2005, s. 65. Vrt. Mattila ym. 1998, s. 170, Lautjärvi – Tommila 1988, s. 38–39 ja Nieminen 1995, s. 133. Franchisingsopimusten kesto on keskimääräisesti hieman pidentynyt, sillä aikaisemmassa oikeuskirjallisuudessa arvio tyypillisestä sopimuskauden pituudesta on ollut 3–5 tai 3–10 vuotta. Oikeuskirjallisuudessa sekä SFY:n eettisissä säännöissä hyvänä perussääntönä on pidetty, että sopimuksen voimassaoloajan tulisi olla ainakin niin pitkä, että franchisingottaja pystyy kuolettamaan franchisingtoimintaan sijoittamansa investoinnit. Vrt. Mattila ym. 1998, s. 54 ja Fernlund 2018, s. 178. Oikeuskirjallisuuden mukaan franchisingsopimukset ovat huomattavasti pitkäaikaisempia Yhdysvalloissa, joissa sopimus on tyypillisesti voimassa 10–20 vuotta.

sitoutuu omalla kustannuksellaan, eikä sitä voi lähtökohtaisesti irtisanoa.³⁸³ Pitkäkestoinen määräaikainen sopimus siis sitouttaa franchisingottajan ketjun toimintaan. Tällöin ei ole yhtä isoa riskiä siitä, että franchisingottaja eroaisi ketjusta lyhyen ajan jälkeen ja alkaisi harjoittaa kilpailevaa toimintaa saatuaan kartutettua tarpeeksi taitotietoa ja kokemusta toiminnasta. Osapuolet voivat sopia esimerkinomaisesti tai tyhjentävästi olennaisista purkuperusteista, kuten franchisingantajan luovuttamien oikeuksien tai maineen vakavasta loukkaamisesta taikka salassapitovelvoitteen tai jäljittelykiellon rikkomisesta.³⁸⁴ Mikään ei toki varsinaisesti estä franchisingottajaa päättämästä sopimussuhdetta ennenaikaisesti ilman hyväksyttävää perustetta, mutta tällöin franchisingottaja syyllistyy sopimusrikkomukseen ja sen seurauksena kohtaa vahingonkorvausvelvollisuuden ja mahdollisen sopimussakon. Toinen sitoutumiskynnystä nostava tekijä on franchisingjärjestelmän liittymismaksu, jota ei palauteta franchisingottajalle yhteistyösuhteen päättyessä. Myös tällainen rahallinen sitoumus voi karsia joitakin vilpillisessä mielessä franchisingketjuun liittyviä yrittäjäehdokkaista pois, kun franchisingketjun immateriaalioikeuksien, yrityssalaisuuksien ja koulutuksien saamisesta tulisi ikään kuin maksaa franchisingantajalle.

Parivodić korostaa, että sopimuksen päättämistä koskevaan lausekkeeseen on tärkeää sisällyttää määräys, jonka mukaan sopimuksen lakkaaminen ei lakkauta sopimusmääräyksiä, joiden on tarkoitus jäädä voimaan myös sopimuksen päättymisen jälkeen. Tämä koskee Parivodićin mukaan esimerkiksi kilpailukieltota, know-how'n salassapitoa sekä jäljittelykieltota.³⁸⁵ Franchisingsopimukseen liittyy muitakin määräyksiä, jotka sääntelevät sopijapuolten velvoitteita franchisingsopimuksen päättymisen jälkeen ja kieltävät franchisingkonseptin osien hyödyntämistä.³⁸⁶ Franchisingkonseptin ja siihen liittyvän goodwill-arvon jäljittelyn suojaaminen voidaan toteuttaa erinäisin tavoin. Keskeistä on poistaa franchisingottajan mahdollisuus käyttää uudessa liiketoiminnassaan franchisingantajaan yhdistettävissä olevia asioita, kuten entistä tai samankaltaista verkkotunnusta ja entisen toimipisteen puhelinnumeroa.³⁸⁷ Tillack ja Ashton ovat perustelleet menettelyä asiakkaiden todennäköisellä

³⁸³ Vrt. toistaiseksi voimassa oleva sopimus, joka voidaan päättää heti ilman irtisanomisaikaa tai sen kuluttua.

³⁸⁴ Ks. laajemmin myös muista yleisimmistä franchisingsopimukseen otettavista purkuperusteista Parivodić 2009, s. 15–16.

³⁸⁵ Parivodić 2009, s. 16.

³⁸⁶ Ks. Sohlberg 1993, s. 92. Sohlberg perustelee tällaisia sopimusmääräyksiä sillä, että franchisingketjulle voi aiheutua vakavia vahinkoja, jos vihamielinen franchisingottaja jatkaa toiminnan harjoittamista franchisingketjun lipun alla, mutta sen ulkopuolella.

³⁸⁷ Myös Sohlberg 1993, s. 92–93. Sohlbergin mukaan kaikki, mikä osoittaa kuulumista franchisingketjuun, olisi poistettava toimitiloista, ajoneuvoista, mainostiloista ja kaikkialta muualtakin.

erehtymisellä: jos franchisingottaja pelkästään vaihtaa toiminimensä, mutta pitää saman numeron toimipisteessä, voivat asiakkaat helposti erehtyä luulemaan, että kyse on edelleen samasta toiminnasta. He katsovat riskin olevan suuri erityisesti silloin, kun kyse on usein toistuvasta palvelusta, kuten pizzankuljetusketjusta.³⁸⁸ Yhdysvalloissa franchisingosopimukseen otetaan myös tyypillisesti ehto, joka kieltää entistä franchisingottajaa esittelemästä itseään tietyn franchisingjärjestelmän ”entisenä franchisingottajana”. Wullinin ja Mun mukaan säännöksen tarkoituksena on estää entistä franchisingottajaa mainostamasta entistä yhteyttään franchisingjärjestelmään ja siten tukea perinteistä tavaramerkkilainsäädäntöä.³⁸⁹ Sohlbergin mukaan vaikeampaa on määritellä ehtoja esimerkiksi siitä, kuka ottaa haltuun asiakasrekisterin.³⁹⁰

Jäljittelyä voidaan ehkäistä myös käytännön toimenpiteillä, kuten huolellisella franchisingottajien valinnalla, mikä kuuluu sopimustaktiikan alaan. Mullinin ja Wun mielestä paras tapa suojata franchisingkonseptiin kuuluvia ja lainsäädännön kriteereiden ulkopuolelle jääviä elementtejä on kontrolloida pääsyä franchisingketjun etuihin ja franchisingkonseptiin sisältyviin tietoihin.³⁹¹ Myös franchisingkonseptin jäljittelyyn johtavaa konseptin luvaton kehittäminen voidaan ehkäistä myös franchisingketjun innovaatio-kannustinjärjestelmällä. Tavanomaisesti franchisingottaja ei saa itsenäisesti ja julkisesti kehittää franchisingkonseptia tai siihen sisältyviä tuotteita tai palveluita, vaan franchisingosopimuksella myönnetään käyttöoikeus franchisingkonseptiin sellaisenaan.³⁹² Innovatiivinen franchisingottaja voi turhautua ketjun toimintamalleihin, mikäli franchisingantaja ei ota huomioon franchisingottajan kehitysideoita. Tällöin voidaan päätyä tilanteeseen, jossa franchisingottaja poistuu franchisingketjusta ottaen käyttöönsä kehitystyönsä tulokset ja parannellun franchisingkonseptin uudessa omassa liiketoiminnassaan. Tällöin tulisi mielenkiintoinen rajanvetotilanne siitä, olisiko uuden liiketoiminnan suunnittelu franchisingkonseptin sopimatonta jäljittelyä vai sallittua uuden oman liiketoimintakonseptin kehittämistä. Kiinnostusta kilpailevaan innovointitoimintaan vähentää ketjun sisäinen palkitsemisjärjestelmä, ja usein franchisingottajia jopa kannustetaan kehittämään

³⁸⁸ Tillack – Ashton 2008, s. 125. Heidän mukaansa franchisingottaja kannattaa lisäksi velvoittaa jopa poistattamaan puhelinnumerot puhelinluetteloista. Nykyaikana franchisingottaja voisi siis varmistaa puhelinnumeron tosiasiallisen käytön lopettamisen varmistamalla, että puhelinliittymä lopetetaan.

³⁸⁹ Mullin – Wu 2016, s. 639.

³⁹⁰ Sohlberg 1993, s. 93.

³⁹¹ Ks. Mullin – Wu 2016, s. 643–644.

³⁹² FranCon Group 2019, s. 66.

franchisingantajan liiketoimintakonseptia. Laakso mainitseekin esimerkkeinä McDonald's-ketjun myyntivoittajan Big Mac -hampurilaisen sekä tamperelaisen McRuis-hampurilaisen, jotka ovat franchisingottajien innovaatioista syntyneitä tuotteita.³⁹³ Franchisingantajan tulisi muutenkin huolehtia velvollisuudestaan kehittää franchisingjärjestelmää ja erityisesti franchisingkonseptia. Jos konsepti on puutteellinen, riskinä on, että franchisingottajalle syntyy houkutus lähteä kehittämään konseptia edelleen omaksi hyödykseen. Näin ollen franchisingottajan tulee huolehtia franchisingkonseptin kehittämisestä franchisingjärjestelmän perustamisvaiheessa sekä sen jälkeenkin.

4.9 Yhteenveto sopimusperusteisesta suojasta sekä sopimusehtojen keskinäisestä suhteesta

Edellä on tarkasteltu franchisingkonseptiin kohdistuvaa sopimusperusteista suojaa. Franchisingkonseptin sopimusperusteinen suoja jäljittelyltä koostuu useammasta sopimusvelvoitteesta, jotka yhdessä ovat tarpeeksi kattavia suojaamaan konseptia ja sen osia jäljittelyltä. Sopimusperusteinen suoja on tehokas vain *inter partes* franchisingottajaa vastaa, kun taas immateriaalioikeuslaeilla ja liikesalaisuuslailla voidaan myös suojautua kolmannen tahon tekemältä jäljittelyltä. Toisaalta sopimusperusteinen jäljittelysuoja ketjusta irtaantunutta franchisingottajaa vastaan on tärkeä, sillä tämä on saanut tietoonsa paljon laajemmin tietoa kuin mitä kolmas taho voisi havainnoida pelkän ulkopuolisen tarkastelun avulla. Asiantuntijahaastatteluihin erityisesti salassapitovelvoitteen ja kilpailukiellon merkitys korostui franchising-suhteissa ja niitä pidetään tehokkaimpina ja varmimpina sopimusperusteisina keinoina torjua franchisingkonseptin jäljittelyä.

Tutkielmassa on arvioitu myös mahdollisuutta sisällyttää franchising-sopimukseen franchisingkonseptiin kohdistuva jäljittelykielto. Velvoitetta olla jäljittelemättä konseptia voidaan yhä tarkastella sopimuksen tavoitteiden luokittelun näkökulmasta Hemmon mallin mukaisesti.³⁹⁴ Tällöin kysymyksenä on, onko velvoitteella saavutettava tavoite välttämätön sopimuksen toteutumisen kannalta vai onko se vain toivottava, mutta tosiasiallisesti korvattavissa muilla ehdoilla. Franchisingantajalla sekä franchisingketjuun kuuluvilla

³⁹³ Ks. Laakso 2005 s. 265.

³⁹⁴ Ks. Hemmo 2005a, s. 15–16. Hemmo luokittelee sopimuksen tavoitteet välttämättömiin, toivottaviin ja valinnaisiin sen perusteella, kuinka ehdottomia ne ovat sopimukselle tai onko niissä neuvotteluvaraa.

franchisingottajilla voidaan katsoa olevan vahva intressi suojata franchisingkonseptia, joka on koko ketjun menestymisen perusta. Franchisingkonseptin suojaamisen neljäksi osa-alueeksi voidaan katsoa konseptin hallinnoiminen ja siihen pääsyn rajoittaminen ennen franchisingsuhtetta, ketjun mainetta ylläpitävä konseptin oikea käyttö franchisingsuhteen aikana, konseptin käytön lakkaaminen franchisingsuhteen päätyttyä sekä franchisingkonseptin suojaaminen jäljittelyltä. Franchisingkonseptin suojaamisen voi jakaa vielä pienempiin tekijöihin, kuten immateriaalioikeuksien ja luottamuksellisen tiedon suojaan. Tavoite suojata franchisingkonseptia jäljittelyltä ei ole ollut yleisesti esillä suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa tai suomalaisissa franchisingsopimuksissa. Katsoisin kuitenkin, että se on Hemmon luokittelua soveltaen vähintäänkin toivottava tavoite franchisingsopimuksessa, joka voi olla kompensoitavissa muilla ehdoilla kuin nimenomaisella jäljittelykiellolla. Jäljittelykiellon etuna olisi mahdollisuus kohdistaa negatiivinen kielto franchisingkonseptiin kokonaisuudessa, jolloin mahdollisesti konseptin heikommin suojattavatkin osat pääsisivät suojan piiriin. Jäljittelykiellon käytännön haasteena olisivat puolestaan mahdolliset vaikeudet sekä sopimusvelvoitteen laatimisvaiheessa jäljittelymenettelyä määriteltäessä että myöhemmin jäljittelykieltoa tulkittaessa.³⁹⁵ Franchisingkonseptin jäljittelyä voidaan kuitenkin ennaltaehkäistä myös franchisingkonseptin yksittäisiin osiin kohdistuvilla sopimusmääräyksillä, joista tärkeimpiä ovat kilpailukiello ja salassapitovelvoite sekä immateriaalioikeuksiin kohdistuvat velvoitteet. Näiden sopimusmääräysten suojelemien etujen turvaaminen on puolestaan välttämätön tavoite franchisingsopimuksen kannalta, jotta franchisingkonseptin menestys pystytään turvaamaan.

Sopimusperusteista jäljittelysuoja laadittaessa on tärkeää pitää mielessä, ettei franchisingottajalle asetettuihin liian ankariin velvoitteisiin pyrkiminen ole välttämättä järkevää ja tavoiteltavaa, koska tasapuolinen ja kohtuullinen sopimus turvaa parhaiten taloudellisten intressien toteutumisen ja franchisingkonseptin kilpailukykyisyyden tulevaisuudessakin.³⁹⁶ Tarpeettoman laajat suojatoimet lisäävät kustannuksia sekä vähentävät ketjun tuottavuutta ja luottamusta franchisingsuhteen osapuolten välillä.³⁹⁷ Myös velvoitteisiin liittyvät oikeudelliset ja taloudelliset riskit varsinkin franchisingottajan kannalta saattavat olla huomattavat.

³⁹⁵ Myös Norrgård 30.3.2020.

³⁹⁶ Ks. Lautjärvi – Tommila 1988, s. 25.

³⁹⁷ Vapaavuori 2019, s. 92.

Kaiken kaikkiaan lopuksi voidaan todeta, että ennaltaehkäisevät keinot ovat tavoitelluimpia franchisingkonseptin suojaamisessa jäljittelyltä. Ennaltaehkäisevä suojaaminen tulee aloittaa jo ennen sopimuksen tekemistä harkitessa uusien franchisingottajien palkkaamista franchisingjärjestelmään. Kyse voi olla esimerkiksi siitä, että yrittäjäehdokkaat on vain näennäisesti kiinnostunut franchisingketjussa toimimisesta ja pääasiallisesti tavoittelee franchisingantajan liikesalaisuuksia.³⁹⁸ Sopimuskumppanin huolellinen valinta voi ehkäistä mahdollisen vilpillisen jäljittelymenettelyn toteutumisen, mutta toisaalta liian skeptinen asenne on toki omiaan vähentämään mahdollisuuksia onnistuneeseen yhteistyösuhteeseen.

³⁹⁸ Ks. myös Hemmo 2005a, s. 43.

5 Sopimusperusteisen suojan rajat

5.1 Franchisingsopimuksen sopimusehtojen sovittelu OikTL 36 §:n nojalla

Tässä tutkielmassa on tarkasteltu toisen sopimuspuolen vilpilliseen toimintaan liittyvää sopimusriskiä ja edellä on harkittu sopimusperusteisia vaihtoehtoja jäljittelymenettelyn ehkäisemiseksi. Sopimusperusteiseen jäljittelyn ennaltaehkäisemiseen liittyy myös toisaalta riski sopimuksen kohtuullistamisesta, jonka voidaan laajassa mielessä katsoa kuuluvan sitovuushäiriöiden alaan.³⁹⁹

Lähtökohtaisesti franchisingsopimus on kuin kaikki muutkin elinkeinoelämän sopimukset, joissa osapuolia pidetään tasavertaisina. Näin ollen kaikki franchisingsopimuksen määräykset ovat lähtökohtaisesti molempia osapuolia sitovia ja velvoittavia sopimuksen sitovuuden periaatteen (*pacta sunt servanda*) nojalla.⁴⁰⁰ Sopimuksen sitovuuden periaatteella on erityisen korostunut asema elinkeinoelämässä.⁴⁰¹ Kaikki liikesuhteet ovat kuitenkin yksilöllisiä eivätkä osapuolet ole aina tasavertaisessa asemassa esimerkiksi sopimusta laadittaessa. Oikeustoimilain 36 §:n perusteella franchisingsopimuksen ehtoja voidaan kohtuullistaa poikkeuksellisesti yksittäistapauksissa tuomioistuimen tai välimiesoikeuden päätöksellä.⁴⁰² Kohtuullisuus ratkaistaan *in casu*, ja OikTL 36 §:n mukaan kohtuuttomuutta arvosteltaessa on otettava huomioon oikeustoimen koko sisältö, osapuolten asema, oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat. Sovittelun edellytyksenä on, että sopimussuhteessa vallitsee selvä epätasapaino.⁴⁰³ Tavoitteena on siis palauttaa sopijapuolten oikeuksien ja velvollisuuksien tasapaino. Säännöksellä on merkitystä erityisesti franchisingottajan etujen turvaamisessa, joka on yleensä franchisingsuhteen heikompi osapuoli.⁴⁰⁴ Esimerkiksi kyse voi olla hyvin pienimuotoisesta ja taloudelliselta arvoltaan

³⁹⁹ Ks. Hemmo 2005a, s. 117.

⁴⁰⁰ Sopimusten sitovuus on lähtökohtana myös oikeustoimen kohtuullistamisen arvioinnissa. Ks. HE 247/1981, s. 12.

⁴⁰¹ Aurejärvi 1979, s. 725. Aurejärvi toteaa myös sopimusten sitovuuden olevan sopimustoiminnan välttämätön ehto, *conditio sine qua non*, kaikilla sopimusaloilla.

⁴⁰² Vrt. myös Aarnio 1987, s. 414. Voin yhtyä Aarnion katsontatapaan ja todeta, ettei kohtuus-periaatteesta pidä koskaan tulla sopimusvapautta ja sopimuksen sitovuutta syrjäyttävä pääperiaate, sillä silloin koko sopimusoikeuden järjestelmän perusteet vinoutuvat.

⁴⁰³ HE 247/1981, s. 4. Vrt. laki elinkeinonharjoittajien välisten sopimusehtojen sääntelystä (3.12.1993/1062), jonka mukainen sopimusehtojen kohtuuttomuusarviointi perustuu myös OikTL 36 §:n arviointiperusteisiin. SopEhtoL soveltuu franchisingsopimusten ehtojen kohtuuttomuusarviointiin, ja kyse on usein niin sanotusta sopimusehdon tyyppikohtuuttomuudesta. SopEhtoL:in ei kuitenkaan syvennytä tässä tutkielmassa tarkemmin, koska kiinnostuksen kohteena on yksittäisten sopimusehtojen kohtuullisuusarviointi OikTL 36 §:n mukaisesti.

⁴⁰⁴ Lautjärvi – Tommila 1988, s. 28 sekä Mattila ym. 1998, s. 142. Myös Halila – Hemmo 2008, s. 267.

vähäisestä franchisingtoiminnasta, jolloin franchisingottaja voi poikkeuksellisesti rinnastua jopa työntekijään.⁴⁰⁵ Toisaalta franchisingottajan suojaksi ei ole säädetty Suomessa minkäänlaista pakottavaa lainsäädäntöä, joten franchisingottajan ei voida säännönmukaisesti katsoa olevan heikommassa asemassa. Heikomman suoja vaikuttaa kaiken kaikkiaan näkyvästi sopimusoikeudessa, ja se on kaventanut sopimusten sisältövapautta.⁴⁰⁶ Franchisingsopimusten sovittelu on kuitenkin harvinaista, kuten elinkeinoelämän sopimusten sovittelu yleensäkin on.⁴⁰⁷

5.2 Franchisingsopimuksen vakiosopimusluonteisuuden vaikutus

OikTL 36 §:n mukaan muun muassa osapuolten asema ja oikeustoimea tehtäessä vallinneet olosuhteet tulee ottaa huomioon kohtuuttomuutta arvioitaessa. Yhtenä tärkeimmistä oikeustoimen tekemishetkeen liittyvää kohtuuttomuutta puoltava seikkana voidaan pitää sitä, että sopimus tehdään käyttämällä franchisingantajan laatimia yksipuolisia vakioehtoja.⁴⁰⁸ On kuitenkin korostettava, että kyseessä on sovittelun yleisten edellytysten täyttymisestä, eikä sellaisenaan vakioehtojen kohtuuttomuudesta. Yhteiset pelisäännöt ovat toimivan franchisingjärjestelmän menestyksen edellytys, sillä franchisingjärjestelmän sisällä tulee pitää huolta yhdenmukaisista toimintatavoista. Franchisingtoiminnassa käytetäänkin pääsääntöisesti franchisingantajan laatimia vakioehtoja.⁴⁰⁹ Franchisingottaja ei ole välttämättä pystynyt ollenkaan neuvottelemaan franchisingsopimuksen ehdoista, vaan hänen on täytynyt hyväksyä ehdot sellaisenaan tai vähäisin maakohtaisin muutoksin.⁴¹⁰ Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että franchisingyrittäjät ovat heikossa neuvotteluasemassa.⁴¹¹ On toisaalta otettava

⁴⁰⁵ Ks. KKO 1996:27, jossa arviointiin franchisingyrittäjän rinnastumista työntekijään. Ks. myös Halila – Hemmo 2008, s. 267. Ks. myös Laakso 2005, s. 103–104 erilaisista franchisingottajatyypeistä.

⁴⁰⁶ Aarnio 1987, s. 404 sekä Halila – Hemmo 2008, s. 8. Hemmon mukaan heikomman suoja voidaan ottaa huomioon soveltaessa väljiä normeja, jotka jättävät ratkaisijalle paljon harkintavaltaa.

⁴⁰⁷ Laakso 2005, s. 64.

⁴⁰⁸ Aurejärvi 1979, s. 735, Nieminen 1995, s. 35 ja Hemmo 2005a, s. 133. Kohtuuttomuusriskiä vähentääkin se, että kumpikin sopijapuoli on pystynyt vaikuttamaan sopimusehtojen laatimiseen. Ks. HE 247/1981, s. 12.

⁴⁰⁹ Esimerkiksi Bygglin 1978, s. 105–106, Sohlberg 1993, s. 48, Ämmälä 1994, s. 24 ja Nieminen 1995, s. 36. Vrt. WFC 2017, s. 425. World Franchise Councilin mukaan franchisingsopimusta ei voida kuitenkaan puhtaasti katsoa vakiosopimukseksi. WFC:n raportin mukaan kyse on enemmänkin siitä, että franchisingjärjestelystä sovitaan vapaaehtoisesti tietyillä ehdoilla, jotka ovat yhteisiä kaikille franchisingoikeuden haltijoille tasa-arvon ja yhdenvertaisuuden vuoksi sekä myös franchisingjärjestelmän menestyksen varmistamiseksi.

⁴¹⁰ Ks. myös Wilhelmsson 2008, s. 36. Wilhelmssonin näkökannan mukaan vakioehtojen tunnusmerkkejä on niiden laatiminen etukäteen ja ehtojen käyttäminen useissa yksittäisissä sopimuksissa useiden eri sopimuskumppanien kanssa.

⁴¹¹ Aurejärvi 1979, s. 728 ja Nieminen 1995, s. 29. Myös Hemmo 2005a, s. 21. Hemmon mukaan yksinoikeuden lisensoinnissa on yksi vahvan neuvotteluaseman erityistilanteista. Vastaavasti voidaan katsoa franchisingkonseptin lisensoinnin osalta. Lisäksi yksittäisen franchisingottajan neuvotteluvoimaa heikentää entisestään se, että tavallisesti franchisingketjuun on useita halukkaita tuleviksi franchisingottajiksi.

myös huomioon, että franchisingottajalla on tosiasiallisen sopimusvapauden rajoissa oikeus valita, lähteekö hän harjoittamaan franchisingtoimintaa franchisingantajan tarjoamilla ehdoilla vai perustaako hän esimerkiksi oman yrityksen.⁴¹²

World Franchise Councilin mukaan ei voida hyväksyä sitä, että franchisingsopimus olisi ei-neuvoteltavissa oleva vakiosopimus, vaan sopimuksen on heijastettava kummankin osapuolen intressejä ja se on allekirjoitettava vapaaehtoisesti.⁴¹³ WFC:n kannanotto on oikea sen osalta, että franchisingsuhde on perustettava vapaaehtoisesti, sillä muutenhan kyseessä olisi jo vakavien sopimusoikeudellisten pätemättömyysperusteiden olemassaolosta.⁴¹⁴ Sen sijaan muihin, ehkä hieman idealistisiin väitteisiin franchisingsopimuksen neuvoteltavuudesta on muun oikeuskirjallisuuden valossa vaikea yhtyä. Lähtökohtaisesti franchisingketjun sopimusehdot ovat vähintäänkin vakiosopimusta muistuttavia sekä franchisingantajan intressejä painottavia tai franchisingantajan yksipuolisesti laatimia.⁴¹⁵ Jos franchisingsopimuksen ehdot katsotaan vakioehtojen kaltaisiksi, voivat myös yleiset sopimusoikeudelliset vakiosopimusopit tulla sovellettavaksi.⁴¹⁶

5.3 Franchisingsopimuksen soviteltavat säännökset

Jos sopimuksen syntyoloissa ei ole mitään arvosteltavaa, on yleensä ankariakin sopimusehtoja pidettävä sitovina.⁴¹⁷ Franchisingsopimuksen yksittäinen ehto voi kuitenkin käydä kohtuuttoman raskaaksi franchisingottajalle. Kuten kappaleessa 4 on käynyt ilmi, tiettyihin negatiivisiin velvoitteisiin saattaa helposti liittyä sovitteluriski, sillä ne usein rajoittavat sopijapuolen toimintaa vielä sopimuksen päättymisen jälkeenkin. Erityisesti kilpailukiello on altis sovittelulle, jollei sitä ole rajattu ajallisesti ja alueellisesti.⁴¹⁸ Yleensä taas salassapitovelvoitteisiin ei liity vastaavaa sovitteluriskiä. Niistä ei nimittäin aiheudu

⁴¹² Myös tapauksessa KKO 1996:27 kohtuullisuusarvioinnissa annettiin merkitystä sille, että franchisingottaja ei ollut taloudellisesti riippuvainen franchisingantajasta, vaan oli voinut vapaasti päättää franchisingsopimuksen tekemisestä annetuilla ehdoilla.

⁴¹³ WFC 2017, s. 1–2.

⁴¹⁴ Sopimuksen syntyyn tarvitaan tarjous ja vastaus, kummankin osapuolen tahdonilmaisu OikTL 1 §:n mukaisesti. Franchisingottajan on siis annettava hyväksyntä sopimuksen syntymiselle vapaaehtoisesti ilman pakkoa tai muita OikTL 3 luvun pätemättömyysperusteita koskevaa tilannetta.

⁴¹⁵ Mahdollisuus määrätä sopimuksen sisällöstä voi luoda houkutuksen painottaa liiaksi omia etuja sopimuksessa.

⁴¹⁶ Ks. vakiosopimusopista laajemmin Wilhelmsson 2008 ja Hemmo 2003a, s. 144–179. Vakiosopimusoppiin sisältyvät muun muassa säännöt tulkinnasta laatijan vahingoksi, yllättävien ja ankarien ehtojen korostamisvaatimus sekä vakioehtojen toissijaisuus yksilöllisiin sopimusehtoihin nähden.

⁴¹⁷ Aurejärvi 1979, s. 737.

⁴¹⁸ Ks. Vaasan HO 2.4.2014 nro 281. Tapauksen mukaan ei ollut kohtuullista laajentaa kilpailukielloa koskemaan sellaista alaa, jossa franchisingottaja ei ollut hyödyntänyt franchisingoikeuksiaan ja jota toiminta ei ollut koskenut. Franchising oli koskenut liiketoiminnan harjoittamista asuntojen vuokravälitysalalla.

kilpailukiellolle tyypillistä olennaisen toimintavapauden rajoittumista, vaikka velvoite olisi voimassa määrittelemättömän ajan sopimuksen päättymisen jälkeen.⁴¹⁹ Salassapitovelvoitteen osalta kyse oli todennäköisemmin alkuperäisestä kohtuuttomuudesta, jonka sovittelukynnys on hyvin korkealla.⁴²⁰ Toisaalta sovitteluriskiä arvioitaessa on otettava huomioon, että valmiin ja pitkälle kehitellyn liiketoimintakonseptin suojaaminen on franchisingantajan perusteltu intressi, joka puolestaan heikentää franchisingottajan mahdollisuutta vedota toimintavapautta rajoittavien ehtojen kohtuuttomuuteen.⁴²¹

Tähän mennessä oikeuskäytännössä franchisingsopimusten sovittelu on koskenut lähinnä välityslausekkeita⁴²², sopimussakkoehjoja sekä irtisanomisehtoja⁴²³. Sopimussakon sovittelun voidaan luontevasti katsoa kuuluvan OikTL 36 §:n ydinsoveltamisalaan sen historiallisen taustan vuoksi.⁴²⁴ Korkein oikeus on suhtautunut sopimussakkoehdon sovitteluun pidättäytyvästi sillä perusteella, että ehdolla on tavoiteltu tehokasta seuraamusta sekä sitä, ettei sopimussakko ole estänyt sopimusrikkomusta tahallisen menettelyn seurauksena.⁴²⁵ Kyse on kuitenkin tapauskohtaisesta arvioinnista, ja sopimussakon suorittaminen voi kuitenkin käydä yksittäistapauksissa liian raskaaksi velalliselle.⁴²⁶

Sopimusvapauden periaatteen mukaisesti osapuolilla on lähtökohtaisesti oikeus ottaa sopimukseen lauseke, jolla kielletään franchisingkonseptin jäljittely. Tällaisen jäljittelykiellon kohtuullistaminen OikTL 36 §:n nojalla ei ole kuitenkaan täysin poissuljettua. Kohtuullistaminen on epätodennäköisempää silloin, kun sopimusehtoa voidaan rationaalisesti perustella tarpeelliseksi osapuolen intressien kannalta.⁴²⁷ Franchisingkonseptin jäljittelyn kieltäminen franchisingottajalta nimenomaisesti sopimuksessa voidaan katsoa kohtuulliseksi, sillä tämä on kuitenkin saanut tietoonsa franchisingkonseptin liikesalaisuuksia myöten.

⁴¹⁹ Ks. Vapaavuori 2019, s. 560, Huhtamäki 2014, s. 304 ja Hemmo 2005a, s. 329.

⁴²⁰ Vapaavuori 2019, s. 463.

⁴²¹ Ks. Halila – Hemmo 2008, s. 272.

⁴²² KKO 1996:27. Tapauksessa välityslauseke oli sallittu franchisingsopimuksessa. Franchisingottaja oli saanut tutustua sopimustekstiin viikon ajan ennen sopimuksen allekirjoittamista, mikä oli ollut riittävän pitkä aika ottaa selko välityslausekkeesta ja sen oikeudellisesta merkityksestä. Vrt. HHO 11.1.2017 nro 24, jossa yksipuolinen välityslauseke katsottiin kohtuuttomaksi franchisingottajalle. Ks. välityslausekkeiden sovittelusta Wilhelmsson 2008, s. 172–174.

⁴²³ Kouvola HO 9.6.2005 nro 640. Ratkaisussa kohtuuttomana oli pidetty sitä, ettei franchisingsopimukseen sisältynyt irtisanomisehtoa edes niitä tilanteita varten, jos liiketoiminta osoittautuisi kannattamattomaksi.

⁴²⁴ Ennen vuoden 1983 lakiuudistusta OikTL 36 § oli ainoastaan sopimussakon sovittelusäännös. Ks. HE 247/1981, s. 4.

⁴²⁵ KKO 1995:204 ja KKO 2001:27. Ks. myös Vapaavuori 2019, s. 576 sekä Hemmo 2005a, s. 44.

⁴²⁶ Ks. Taxell 1972, s. 444.

⁴²⁷ Ks. Hemmo 2005a, s. 129. Myös WFC:n eettiset säännöt kohta IV. WFC:n eettisissä säännöissä todetaan, että franchisingsopimukseen ei tule ottaa lausekkeita, jotka eivät ole tarpeellisia franchisingkonseptin suojelemiseksi.

Franchisingottajan tiedossa on siten paljon syvällisempi määrä tietoa käytettäväksi jäljittelyyn kuin mitä esimerkiksi kolmannella osapuolella olisi käytettävissä julkisten tietojen, omakohtaisten asiakaskokemusten ja muiden yrityksen ulkopuolisten tietojen perusteella. Myös Hemmon mukaan valmiin liiketoimintakonseptin suojaaminen on yleensä sellainen franchisingottajan sidonnaisuutta puoltava tekijä, joka heikentää franchisingottajan mahdollisuuksia vedota toimintavapautta rajoittavien ehtojen kohtuuttomuuteen.⁴²⁸ Franchisingkonseptin jäljittelystä pidättäytymistä perustelee lisäksi kappaleessa 4.2 käsitelty sopimusoikeudellinen lojaliteettivelvollisuus, joka tehostaa muiden sopimusvelvoitteiden noudattamista.

Voidaan pohtia sitä, minkälaisia seurauksia franchisingsopimukseen sisältyvän franchisingkonseptiin kohdistuvan jäljittelykiellon kohtuullistamisella olisi. Ei voi useinkaan olla kohtuusnäkökulmin perusteltua rajoittaa sopimusvapautta tässä tilanteessa. Kyseisen ehdon sovittelu antaisi franchisingottajalle oikeuden hyödyntää franchisingantajan oman kehitystyön tulosta siinä määrin, että franchisingottaja voisi ilman vastaavia panoksia harjoittaa kilpailevaa toimintaa. Kohtuullistaminen järkyttäisi tässä suhteessa sopimuksen tasapainon. Kuten Aarnio on hienosti todennut, oikeus ei ole vain kohtuutta, vaan se on sananmukaisesti myös oikeutta.⁴²⁹ Asian arvioinnissa on aina otettava huomioon sekä heikomman että vahvemman osapuolen intressit. Franchisingkonsepti on franchisingsuhteen ydin ja koko franchisingtoiminnan perusta, jonka kilpailukykyisten menestystekijöiden tunnistamiseen on uhrattu paljon aikaa ja voimavaroja. Franchisingtoimintaa ei olisi taloudellisesti kannattavaa harjoittaa, ellei franchisingkonseptiin myönnetystä käyttöoikeudesta saataisi korvausta. Franchisingkonseptin vapaa hyödyntäminen ja liian pitkälle menevä toisintaminen olisi kohtuutonta, ja vähentäisi houkutusta ylipäättään kehittää tai lisensoida muille toimiva konsepti. On täysin eri asia, jos franchisingsopimukseen sisältyy kohtuuttoman ankaria irtisanomisehtoja tai ostositoumuksia. Tällaisissa tapauksissa asiaan liittyy legitiimi suojaintressi, jolloin sopimusehtojen sovittelu on paikallaan. Sopimusvelvoitteiden kohtuullisuus ratkaistaan *in casu*, eikä ole minkäänlaista oikeutettua syytä olettaa, että franchisingkonseptin jäljittelykielto olisi lähtökohtaisesti sovittelualtis. Sovitteluriskin pienentämiseksi jäljittelykiellon muotoiluun ja sopiviin rajauksiin tulisi kuitenkin kiinnittää huomiota.

⁴²⁸ Halila – Hemmo 2008, s. 272. Hemmo kuitenkin huomauttaa, ettei mitä tahansa voida liikesuhteessakaan pitää kohtuullisena. Hän ottaa esimerkiksi franchisingantajan täysin rajoittamattoman tarkastus- ja kontrollioikeuden, joita voitaisiin käyttää shikaaninomaisesti.

⁴²⁹ Aarnio 1989, s. 20.

6 Yhteenveto ja loppupäätelmät

Päätösluvussani esitellään eräitä kokoavia päätelmiä franchisingkonseptin suojasta jäljittelyltä. Franchisingkonseptin suojaamisen suurimpana haasteena voidaan pitää kilpailunvapauteen perustuvaa jäljittelyvapautta, jonka vuoksi franchisingkonseptin suojaaminen edellyttää tuekseen vahvoja perusteita, koska franchisingkonseptin suojaamistoimet rajoittavat vapaata kilpailua. Tällä hetkellä lakisääteinen suoja franchisingkonseptin jäljittelyä vastaan on edellä esitetysti rajallinen, sillä jäljittelysuoja kattaa vain tietyt franchisingkonseptin elementit. Tämänhetkisen lainsäädännön valossa ei ole ehkä tavoiteltavaakaan yrittää saada franchisingkonseptille suojaa sellaisenaan kokonaisuutena, vaan keskittyä yksittäisten ja tärkeimpien elementtien kattavaan suojaamiseen jäljittelyltä. Franchisingkonseptin suojaamiseksi on käytettävä kaikkia jo olemassa olevia lakisääteisiä suojamuotoja, kuten immateriaalioikeuslakien ja liikesalaisuuslain tarjoamia suojamuotoja.⁴³⁰ Näillä voidaan suojautua myös kolmannen tahon tekemältä jäljittelyltä toisin kuin on sopimusperusteisen suojan osalta.

Suomessa jäljittelytapauksissa onkin ollut kyse enemmänkin franchisingkonseptin yksittäisten elementtien luvattomasta hyödyntämisestä, kuten esimerkiksi tapauksista MAO:69/19 ja MAO 190/12 on käynyt ilmi. Kanteet ovat menestyneet, kun kyse on ollut yksinoikeuksilla suojattavista elementeistä. Sen sijaan liiketoimintakonseptin esteettiset, toiminnalliset ja vuorovaikutukselliset elementit eivät ole saaneet suojaa pääsääntöisesti SopMenL:a koskevan oikeustapausanalyysin perusteella. Franchisingkonseptin sopimattomasta jäljittelystä ei ole toistaiseksi annettu yhtään tuomioistuimen ratkaisua. Tämä voi liittyä käytännössä siihen, että jäljittelyyn todennäköisemmin puututaan kevyemmin keinoin, kuten ketjun entiselle franchisingottajalle osoitetulla loukkauskirjeellä. Mikäli yhteydenotto ei johda toivottuihin tuloksiin, saattaa asia jäädä vain sillensä eikä sitä lähdetä ratkaisemaan tuomioistuimessa tai välimiesmenettelyssä ainakaan pienemmissä asioissa, kuten franchisingkonseptin yksittäiseen elementtiin kohdistuvissa jäljittelytapauksissa. Laakson mukaan jäljittelyä kyllä tapahtuu, mutta sen käytännön merkitys jää jokseenkin pieneksi.⁴³¹

Franchisingkonseptin jäljittelysuojan kynnys on korkealla, koska kilpailunvapauden periaatteen toteuttaminen vaatii myös jäljittelynvapauden olevan pääsääntönä. Jäljittely

⁴³⁰ Samoin Krook 12.3.2020 ja Elo 25.3.2020.

⁴³¹ Laakso 19.3.2020.

sellaisenaan ei ole sopimatonta, vaan jäljittelyltä edellytetään erityisiä olosuhteita. Vain lähes identtinen franchisingkonseptin tai sen osien kopiointi, josta aiheutuu sekaannusvaaraa, voidaan katsoa SopMenL:n nojalla sopimattomaksi jäljittelyksi. Toinen vaihtoehto on osoittaa, että kyse on franchisingkejtun maineen norkkimisesta. On todennäköisesti vaikeasti osoitettavissa, että franchisingkonsepti on sellaisenaan omaperäinen ja tunnusomainen franchisingantajalle.

On vaikea määrittää rajaa sallitun ja sopimattoman jäljittelyn välillä. Voi olla myös jopa mahdotonta osoittaa, että samankaltaisessa kilpailevassa toiminnassa ei ole pelkästään inspiroiduttu ja otettu mallia toisen kehittämästä franchisingkonseptista. Kehitystyö perustuu aina siihen, että on olemassa jokin tunnettu lähtökohta, jota lähdetään analysoinnin jälkeen parantelemaan. Jäljittelynvapauden täytyy pysyä lain tasolla lähtökohtana, jotta kilpailunvapaus markkinoilla turvataan ja vältytään perusteettomien monopoliasemien luomiselta. On kuitenkin huomattava, että franchisingkonseptin suojaaminen immateriaalioikeuksilla tai muilla lakisääteisellä suojamuodoilla ei ole ehto sille, että franchisingkonseptia voitaisiin käyttää taloudellisesti. Myös lainsäädännöllisesti suojaamatonta franchisingkonseptia voidaan käyttää taloudellisesti hyväksi.

Sopimusperusteisella suojalla voidaan täydentää lakiperusteista suojaa, ja tämä on välttämätöntäkin tarpeeksi kattavan suojan saamiseksi entisen franchisingottajan jäljittelyä vastaan. Varsinkin luottamuksellista tietoa suojaavilla salassapitovelvoitteilla, good will -arvoa suojaavalla kilpailukiellolla, käsikirjaa suojaavalla materiaalin palautusvelvollisuudella sekä immateriaalioikeuksien käytön lopettamisvelvollisuudella on jäljittelyn torjumisen kannalta keskeinen rooli. Nämä lausekkeet näyttävätkin olevan yleisiä franchisingsopimuksissa, mutta parannettavaa olisi vielä sopimussakon säännönmukaisemmassa käytössä näiden velvoitteiden tehosteena. Tutkielmassa on tarkasteltu myös franchisingkonseptin jäljittelykieltoa yhtenä lisäyksenä sopimusperusteiseen suojaan. Se ei ole toistaiseksi vakiintunut suomalaisessa sopimuskäytännössä, mutta ainakin jäljittelymenettelyjen yleistyessä jäljittelyn kieltämistä olisi tarpeellista alkaa korostaa franchisingsopimuksissa. Jäljittelyä ehkäisevien sopimusehtojen kohtuullisuus ratkaistaan tapauskohtaisesti, mutta joitakin yleistyksiä voidaan silti todeta. Kohtuullistamisriskin välttämiseksi erityisesti kilpailukiellon ja mahdollisen jäljittelykiellon ajalliseen ja alueelliseen laajuuteen tulisi kiinnittää huomiota.

Franchisingkonseptin suojaaminen jäljittelyltä edellyttää konseptiin sisältyvien elementtien huolellista kartoittamista ja tarpeenmukaista suojaamista. Tältä osin erityisesti

immateriaalioikeuksien, liikesalaisuuksien ja luottamuksellisen tiedon tunnistaminen on kriittisen tärkeää. On välttämätöntä suojata franchisingkonseptia niillä käytössä olevilla suojamuodoilla niin hyvin kuin pystyy. Tämä on myös edellytys franchisingkonseptin kaupalliselle hyödyntämiselle, koska franchisingantaja voi lisensoida ne oikeudet, jotka sillä itsellään on hallussaan. Muita franchisingkonseptin osia kuin immateriaalioikeuksia ja liikesalaisuuksia voidaan yrittää suojata sopimusperusteisesti, mutta on lopulta hyväksyttävä se, ettei franchisingkonseptia voida täysin sopimusperusteisestikaan suojata jäljittelyltä. Franchisingtoiminnassa olennaista onkin, että franchisingkonseptia kehitetään ja pidetään se kilpailukykyisenä, jotta franchisingketju pärjää markkinoilla kilpailijoitaan vastaan myös mahdollisista jäljittelytapauksista huolimatta.